

Det offentliges erstatningsansvar

Erstatning ved urettmessige myndighetshandlinger med fokus på utlendingsrett og velferdsrett.

Kandidatnummer: 708

Leveringsfrist: 25. april 2013

Antall ord: 14 319

Vår 2013



Innholdsfortegnelse

1. Innledning

1.1 Oppgavens tema

1.2 Problemstilling

1.2.1 Hovedspørsmål

1.2.2 Underspørsmål

1.3 Bakgrunn

1.4 Aktualitet

1.5 Avgrensning av temaet

1.6 Bakgrunnsinformasjon, avgrensning og definering av begrepene

1.6.1 Urettmessige myndighetshandlinger

1.6.1.1 Ugyldige vedtak og dets virkninger

1.6.1.2 Andre type feil (enn ugyldige vedtak)

1.6.2 Culpa, uaktsomhetsansvar, arbeidsgiveransvar

1.6.3 Alminnelig ulovfestet objektivt ansvar

1.6.4 Det offentlige, det forvaltningsrettslige og det privatrettslige

1.7 Veien videre

2. Rettskilder

2.1 Ulovfestet rett

2.2 Skadeerstatningsloven (skl.)

2.2.1 Arbeidsgiveransvaret skl. § 2-1

2.3 Forarbeider til skl.

2.4 Rettspraksis

2.4.1 Generelt om rettspraksis i erstatningsretten

2.4.2 Dommer

2.4.2.1 Rt. 1951s. 19 Mortvedtdommen

2.4.2.2 Rt. 1960 s. 1374 Drosjeeier-dommen

2.4.2.3 Rt. 1987 s. 1495 Reitgjerdet-dommen II

2.4.2.4 Rt. 1992 s. 453 Furunkulose-dommen

2.4.2.5 LB. 2000 s. 1785 Godkjenning av legepraksis – dommen

2.4.2.6 Rt. 2005 s. 426 Advokatbevillings-dommen

2.4.2.7 Rt. 2010 s. 291 Vangen-dommen

2.5 Reelle hensyn

2.5.1 Privatrettslige og offentligrettslige hensyn

2.5.1.1 Interessehensynet

2.5.1.2 Pulveriseringshensynet

2.5.1.3 Prevensjonshensynet

2.5.1.4 Oppsummering av reelle hensyn

2.6 Juridisk litteratur

2.6.1 Viggo Hagstrøm om alminnelig og offentlig erstatningsansvar

2.6.2 Uenigheten i juridisk litteratur

2.6.3 Markus Hoel Lie oppsummering av eksisterende rettstilstand

3. Det offentliges objektive ansvar generelt og i velferds- og utlendingsretten

3.1 Når kan ulovfestet objektivt ansvar være aktuell i forvaltningsrettslige forhold

3.2 Særlige hensyn ved ulovfestet objektivt ansvar for det offentlige

3.3 Kan det sies å foreligge egen forvaltningsrettslig ansvar for det offentlige?

3.4 Hvordan er det med ulovfestet objektivt ansvar på utlendings- og velferdsrettens området.

4. Konklusjon

5. Vurdering av hensiktsmessighet av den eksisterende rettstilstand på velferds- og utlendingsrettens området

6. Avslutning

7. Kilder

7.1 Bøker

7.2 Dommer

7.3 Lover

7.4 Internettider

|

1. Innledning

1.1 Oppgavens tema

Mitt mål med oppgaven er å kartlegge det offentliges erstatningsansvar med fokus på utlendingsforvaltningen og velferdsforvaltningen. Således innbefatter temaet både statlig og kommunal erstatningsansvar. Det har vært og synes fortsatt å være en diskusjon om gjeldende ansvarsgrunnlag ved det offentligrettslige erstatningsansvaret, og det er dette som er av interesse i oppgaven.

I utlendingsforvaltningen kan erstatningsansvaret være aktuelt for eksempel i tilfeller hvor en utlending blir utvist fra Norge, men hvor vedtaket senere blir kjent ugyldig i norske domstoler eller i EMD. Spørsmålet blir da om utlendingen kan ha krav på erstatning, og om erstatningen eventuelt kan bygge på ulovfestet objektivt ansvar. Prosessen fra et utvisningsvedtak i UDI til EMD kan være lang og gå over mange år. I denne perioden får utlendingen kanskje mulighet til å oppholde seg i Norge, men han får som regel ikke lov til å jobbe eller motta trygdeytelser og blir dermed påført et økonomisk tap. Det kan også hende at utlendingen mister den daglige omsorgen og foreldreansvaret for sine barn da den andre foreldren, som har sikkert opphold, får både foreldreansvar og daglig omsorg slik at barna ikke skal bli uttransportert sammen med utlendingen. Det blir et ikke-økonomisk tap, men allikevel et stort tap. Ikke-økonomisk tap skal ikke forfølges i oppgaven.

I velferdsforvaltningen kan erstatning være aktuelt i situasjoner hvor borgeren får misvisende eller mangelfull veiledning eller hvor henvendelsen, søknaden eller klagen ikke blir behandlet innen rimelig tid eller kanskje ikke blir behandlet i det hele tatt. Også her blir spørsmålet hvorvidt erstatning kan bygge på ulovfestet objektivt ansvar. Dersom erstatningen bygger på ulovfestet objektivt

ansvar, vil erstatningsansvaret være til stede dersom det har oppstått en skade eller et tap uavhengig av om det foreligger skyld hos forvaltningen.

1.2 Problemstilling

1.2.1 Hovedspørsmål

Hovedspørsmålet i denne oppgaven kan formuleres slik:

"Hvorvidt gjelder det et ulovfestet, objektivt ansvar for det offentlige i velferds- og utlendingsforvaltningen?"

Spørsmålet er altså i hvilken grad det etter gjeldende rett er grunnlag for objektivt ansvar i velferds- og utlendingsforvaltningen.

Den skadegjørende handling kan gjerne være et vedtak og som regel et vedtak som senere blir erkjent ugyldig, men det kan også være annen type feil som ikke nødvendigvis fører til at det treffes et vedtak, slik som for eksempel misvisende informasjon eller det å nekte å ta imot en søknad. Dette vil utdypes nærmere lenger nede i oppgaven.

1.2.2 Underspørsmål

Det er gjerne slik at et spørsmål reiser flere spørsmål og derfor har problemstillingen et hovedspørsmål og flere underspørsmål som skal bli forsøkt besvart i oppgaven.

Ansvarsgrunnlaget og da spesielt det objektive ansvarets plass i velferds- og utlendingsforvaltningen skal bli forsøkt kartlagt. Når det gjelder objektivt ansvarsgrunnlag, så er det spesielt den alminnelige ulovfestede læren om objektivt ansvar som er av interesse. I oppgaven skal rettstilstanden gjennomgås for å se om det ulovfestede objektivet ansvaret også kan være aktuelt ved feil begått av forvaltningen. Dette er et interessant og utfordrende spørsmål, blant annet fordi det ulovfestede objektive ansvaret er utviklet med utgangspunkt i privatrettslige forhold. Det kan også sies at det gjelder spesielle hensyn på forvaltningsrettens område som ikke gjelder i det privatrettslige, noe som kan tale for at det ulovfestede objektive ansvaret ikke uten videre kan overføres til forvaltningssaker. Det kan spørres om det ulovfestede objektive ansvaret, utviklet i privatrettslige forhold, i den hensikt å erstatte skade grunnet uforsvarlig ordning og risikofylt virksomhet, også kan være ansvarsgrunnlag i tilfeller hvor forvaltningen begår feil.

Videre kan man spørre om hvorvidt det eksisterer andre ulovfestede objektive ansvarsgrunnlag som kan gjelde forvaltningens ansvar, dvs. om det er grunnlag for å si at det ut i fra gjeldende rett finnes andre hjemler for det ulovfestede objektivet ansvaret og i så fall hvilke. Dette er således et spørsmål om et eget objektivt ansvar i forvaltningsretten.

1.3 Bakgrunn

Mine valgfag i jusstudiet er barnerett, sosial vernerett og utlendingsrett. Jeg er blant annet utdannet sosionom og har jobbet med ulike spørsmål knyttet til velferdsrett og utlendingsrett. Jeg selv er en innvandrers i Norge og får stadig henvendelser fra mennesker med min språkbakgrunn om å hjelpe dem med ulike spørsmål knyttet til blant annet velferdsrett og utlendingsrett. Jeg ser at urett begås mot disse og undres over om de kan ha rett på erstatning for den/de skadene

de er blitt påført og eventuelt hvilket ansvarsgrunnlag i så fall kan gjøres gjeldende.

1.4 Aktualitet

Tema er juridisk aktuelt, og det er nyttig å få en oversikt over diskusjonen om det offentliges ansvarsgrunnlag samt se hvordan situasjonen synes å være per dags dato. Erstatningsansvaret i utlendings- og velferdsforvaltningen synes å være lite utforsket og basert på skjønn. Således er det nyttig å kartlegge rettskilder og momenter som kan bidra til å finne ut hvorvidt det kan sies å gjelde et ulovfestet objektivt ansvar på velferds- og utlendingsforvaltningen. Objektivt ansvar vil innebære et strengere ansvar, mens culpa-ansvaret innebærer vurdering av om det foreligger skyld forvaltningen kan lastes for.

Det som tidligere var sosialkontorer er nå NAV Sosial, altså den kommunale delen av NAV. Det er blitt skrevet¹ en del om den svake rettsikkerheten for brukere som søker om hjelp etter lov om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen. Etter § 48 i denne loven² er det Fylkesmannen som er klageinstans, og "*Når det gjelder prøvingen av det frie skjønn, kan fylkesmannen likevel bare endre vedtaket når skjønnnet er åpenbart urimelig.*"

Det med fylkesmannens overprøving har med rettsikkerhet å gjøre. Når fylkesmannen kan overprøve *det frie skjønn* kun dersom *skjønnnet er åpenbart urimelig*, betyr dette at rettsikkerheten for borgeren er svakere enn den ville vært i tilfeller hvor alle sider av saken kan overprøves, slik tilfelle er etter lov om barneverntjenester 1992, nr. 100 § 6-6, og forvaltningsloven § 34, jf. utlendingslovens § 80. Når forvaltningen vet at borgerens rettsikkerhet er svak, altså at for-

¹ Knops oversikt over Norges rett s. 614 - 617

² Lov om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen 2009 nr. 131

valtningen i første instans i praksis sitter med mye makt overfor sine brukere, og dette fordi at brukerne ikke har full mulighet til å få overprøvd forvaltningens myndighetsavgjørelser og -handlinger hos andre klageinstanser og at så å si ingen vil gå til en rettsak for å få endret for eksempel sosialkontorets myndighetsavgjørelser, så betyr det at denne type forvaltning har mye makt overfor brukerne og at forvaltningen ikke vil være så interessert å endre sin praksis og sine avgjørelser selv om de er urimelige. De skal kun endres dersom de er åpenbart urimelige. Dette betyr at hele praksisen i en sann type forvaltning kan være urimelig uten at borgeren har noe mulighet til å gjøre noe med det. Dersom ansvarsgrunnlaget i en slik type forvaltning er objektivt ansvar, så vil borgeren ha en mye bedre beskyttelse samtidig som forvaltningen vil ha mer interesse i å handle rimelig og lage rimelige vedtak. Culpa-ansvaret, som er i utgangspunktet det gjeldende ansvarsgrunnlaget, betinger skyld.³ Dersom lovverket overlater mye skjønn og således et stort handlingsrom til forvaltningen, uten streng overprøvningsmulighet, så blir det mye som kan være akseptabel atferd fra forvaltningens side og man er inne på den milde culpa normen. I en slik situasjon kan man ikke forvente så mye av forvaltningen, man kan bare håpe om å få bistand og det kan være vilkårlig hvem som får bistand samt kvaliteten av bistanden kan også være varierende. Det er vanskelig å se for seg at det er slik type forvaltning en ønsker og i det minste finnes det forvaltningsoppgaver og -inngrep av sådan alvorlighetsgrad at spørsmålet om objektivt ansvar kommer opp.

På bakgrunn av ovennevnte kan det sies at første instans har en stor makt overfor dem som henvender seg til blant annet den kommunale delen av NAV. Det er som regel snakk om relativt ressursvake grupper, og det vil høre med til sjeldenhetene at noen av borgerne det gjelder vil gå til rettssak for å få for eksempel et vedtak fra NAV Sosial omgjort – en rettssak er en kostbar prosess. Når så mye makt er overlatt til første instans, så er det viktig at bistanden de gir er forsvarlig. Det samme vil gjelde for eksempel de kommunale krisesentrene

³ Lødrup (2011) s. 127

hvor avvisning eller tidlig utskriving i verste fall kan resultere i dødsfall. Det kan tenkes at mulighet for erstatning på objektivt grunnlag kan bidra til at bi-standen fra denne type velferdsforvaltning opprettholder et vist nivå av rimelighet.

Det kan nevnes at også domstolene har begrenset mulighet til å overprøve forvaltningens frie skjønn. Domstolen kan ikke overprøve om et forvaltningsvedtak er rimelig eller hensiktsmessig. Domstolene kontrollerer legalitet i forvaltningens avgjørelser, ikke hensiktsmessighet.⁴

Det er slikt at på områder hvor hensynet til *forutberegnelighet* og *rettsikkerhet* blir ansett som svært viktig, blir det laget klare lovregler og dermed får forvaltningens frie skjønn marginal betydning.⁵

I det siste har det kommet opp i medier⁶ at 40 av 100 utvisningsvedtak er blitt omgjort i retten. Dette tyder på at det er et stort antall utlendingsvedtak som blir kjent ugyldige i retten og som dermed kan gi grunnlag for erstatning. Og det er slik at jo flere vedtak som er ugyldige jo større aktualitet har rettsspørsmål om det offentliges ansvar. Det store antall omgjorte utvisningsvedtak i rettsapparatet tyder også på at selv om klageinstansen etter forvaltningslovens § 34 kan prøve alle sider av saken, så er det allikevel ikke tilstrekkelig for å sikre borgerne og utlendinger det de har krav på, og da kan muligheter for erstatning bøte på dette.

1.5 Avgrensning av temaet

⁴ Knohps oversikt over Norges Rett (2009) s. 728

⁵ Knohps oversikt over Norges Rett. (2009) s. 724

⁶ <http://www.document.no/2013/04/40-av-100-far-utvisningsvedtak-omgjort-i-retten/>

Erstatning kan være aktuelt både i og utenfor kontraktsforhold.⁷ I denne oppgaven er det kun erstatning utenfor kontrakt som er av interesse. I erstatningsretten behandler man både vilkårene som skal være oppfylt for at erstatningsansvar inntreffer samt utmålingen av erstatningen.⁸ Erstatningen fastsettes vanligvis i en sum penger, og målet er at den skadelidte skal komme i samme økonomiske stilling som han var i før skaden inntraff.⁹

I denne oppgaven er jeg først og fremst interessert i vilkårene som skal være oppfylt for at erstatningsansvar inntreffer utenfor kontraktsforhold.

For at erstatningsansvar skal kunne gjøres gjeldene, må følgende tre grunnvilkår være oppfylt:¹⁰

- 1) Det må foreligge et økonomisk tap,
- 2) Det må foreligge et ansvarsgrunnlag, og
- 3) Det må være en årsakssammenheng mellom tapet og ansvarsgrunnlaget

Under ansvarsgrunnlag (punkt 2) kan man skille mellom *culpa* og *objektivt ansvar*. Culpa-ansvaret innebærer uforsvarlig handlemåte og det avgjørende her er at den handlende ikke har fulgt den handlemåten han burde. I visse tilfeller kan det objektive ansvaret være aktuelt. Ved arbeidsgiveransvar er arbeidsgiverens ansvar for ansattes feil objektivt – men avhengig av skyld hos den ansatte, jf. skadeerstatningslovens § 2-1.¹¹

⁷ Lødrup (2008) s. 14 og Knops oversikt over Norges Rett (2009) s. 424

⁸ Lødrup (2011) s. 43

⁹ Lødrup (2011) s. 43

¹⁰ Nygaard (2001) s. 4-6, Boe (1993) s. 838 og Lindboe (2008) s. 268

¹¹ Nygaard (2001) s. 4-6

Ansaret etter skl. § 2-1 vil holdes utenfor oppgavens hoveddel og vil kun presenteres som bakgrunnsinformasjon i oppgaven.

Det interessante for oppgaven ligger i om vilkårene kan være noe annerledes i det offentliges erstatningsansvar og da spesielt innenfor de områdene i utlendingsforvaltningen og velferdsforvaltningen som jeg er interessert i. Av vilkårene er det, som nevnt, vilkåret om ansvarsgrunnlag som vil være av interesse og diskusjonen om det kan sies å foreligge et objektivt ansvar for det offentlige.

Det er ulovfestet alminnelig objektivt ansvar som er av hovedinteresse i oppgaven. Interessen ligger også i å se om det kan sies å foreligge et eget objektivt ansvar i den offentlige forvaltningen og om dette objektive ansvaret eventuelt kan være aktuelt også for velferds- og utlendingsforvaltningen.

1.6 Bakgrunnsinformasjon, avgrensning og definering av begrepene

1.6.1 Urettmessige myndighetshandlinger

Urettmessige myndighetshandlinger er relevante i erstatningsrettslig sammenheng fordi at det gjerne på grunn av akkurat urettmessige myndighetshandlinger at erstatningen kan være aktuell.

Med urettmessige myndighetshandlinger menes det her både ugyldige forvaltningsvedtak og andre type feil begått av forvaltningen. Ugyldige forvaltningsvedtak skal presiseres under punkt 1.6.1.1 og andre type feil skal presiseres under punkt 1.6.1.2.

1.6.1.1 Ugyldige forvaltningsvedtak og dets virkninger

Grunnene for ugyldighet kan være forskjellige, for eksempel: Hjemmelsmangler, saksbehandlingsfeil, feil som angår det faktiske grunnlaget for skjønnsutøvelsen og eventuelt myndighetsmisbruk.¹²

Det at et forvaltningsvedtak om å avslå en søknad blir erklært for å være ugyldig betyr ikke det samme som om søknaden er innvilget. Søker står da i samme stilling som om søknaden ikke var blitt ferdigbehandlet. Søkeren har krav på at søknaden behandles på nytt.¹³

Dersom en for eksempel har fått avslag på oppholdstillatelse i Norge og vedtaket så blir kjent ugyldig av retten, så betyr det at utlendingsmyndighetene må behandle søknaden på nytt. I en situasjon hvor et vedtak innebærer et påbud, innebærer vedtakets ugyldighet det samme som om vedtaket ikke eksisterte.¹⁴

For eksempel: En har fått vedtak om utvisning, altså påbud om å forlate Norge og forbud mot å bli i landet samt mot å komme tilbake innenfor et visst tidsrom. Om så blir vedtaket erklært ugyldig, kan man se bort fra vedtaket.

Et ugyldig forvaltningsvedtak kan omgjøres av forvaltningen selv jf. fvl. § 35 første ledd bokstav c, eller det kan kjønnnes ugyldig av domstolene.¹⁵

¹² Knops oversikt over Norges Rett (2009) s. 738

¹³ Eckhoff og Smith (2010) s. 504

¹⁴ Eckhoff og Smith (2010) s. 501

¹⁵ Knops oversikt over Norges Rett (2009) s. 738

For formålet offentligrettslig erstatningsansvar, finner Viggo Hagstrøm¹⁶ det hensiktsmessig å dele ugyldige vedtak i to kategorier: 1) vedtak som er ugyldige fordi de mangler nødvendig lovhjemmel og 2) vedtak som er ugyldige fordi det er tatt hensyn som ikke er relevante etter hjemmelsloven. I denne oppgaven vil ikke dette skillet være relevant og vil dermed ikke brukes.

1.6.1.2 Andre type feil (enn ugyldige vedtak) begått av forvaltningen

Erstatningsansvar kan være aktuelt ved ugyldige forvaltningsvedtak, men det kan også være aktuelt ved det man kan betegne som feil fra forvaltningens side uten at disse feilene nødvendigvis fører til et vedtak. Dette vil utdypes nærmere.

For det første trengs det å avklare hva som menes med *feil*¹⁷. I denne oppgaven er definisjon av *feil* samme som Erik Boe¹⁸ har i sin bok «Innføring i juss. Statsrett og forvaltningsrett.». Med *feil* menes da brudd på rettsregler.¹⁹ Boe²⁰ skiller mellom ulike typer av *feil* slik som materielle feil, personelle feil og prosessuelle feil. Materielle feil kan være at *rettsanvendelsen er feilaktig, at fakta er bedømt uriktig eller at skjønnsutøvelsen er ulovlig*.²¹

Disse feil kan føre til ugyldighet, men når jeg skiller mellom ugyldighet og andre type feil, så sikter jeg til tilfeller hvor feil ikke nødvendigvis fører til

¹⁶ Hagstrøm (1987) s. 80

¹⁷ Boe (1993) s. 823

¹⁸ Boe (1993)

¹⁹ Boe (1993) s. 823

²⁰ Boe (1993) s. 824-827

²¹ Boe (1993) s. 824

ugyldighet, men allikevel kan være erstatningsbetingende. Dette først og fremst fordi at ikke alle type feil fører til et vedtak, men i noen tilfeller kan vedtaket stå seg tross ugyldighet.

Det kan være nyttig å se litt nærmere på tilfeller hvor skjønnsutøvelsen er ulovlig. Dette fordi at det i velferds- og utlendingsretten er en god del avgjørelser basert på forvaltningens skjønn. Dette har sammenheng med at mange av reglene i de nyere lover er blitt utformet som *kan-regler* for blant annet å sikre fleksibilitet i forvaltningen, men som samtidig kan gå på bekostning av forutberegnelighet og effektivitet.²² Det vises for eksempel til § 19 og § 20 i lov om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen, § 4-4 i barnevernsloven og § 122 i utlendingsloven.

En skjønnsutøvelse kan være mer heldig eller uheldig²³, men det skal en del til for at den skal være feil. Forvaltningen har en viss frihet til å utøve skjønn. Det er mer unntaksvis at skjønnsutøvelsen kan være ulovlig og dette er i tilfeller 1) Når avgjørelsen bygger på myndighetsmisbruk og 2) når avgjørelsen er brudd på minstestandard.²⁴

Personelle feil foreligger dersom feil organ eller feil person behandler saken. Reglene om inhabilitet, delegering av kompetanse og kvalifikasjonskrav er relevante her.²⁵

Prosessuelle feil er feil i saksbehandlingen og omfatter situasjoner hvor saksbehandlingsregelen i forvaltningsloven eller den aktuelle særlov er

²² Knops oversikt over Norges rett. (2009) s. 724-725

²³ Boe (1993) s. 825

²⁴ Boe (1993) s. 825

²⁵ Boe (1993) s. 826

oversett eller der saksbehandlingen ikke oppfyller minstekrav til forsvarlig saksbehandling.²⁶

Nå vil jeg illustrere situasjoner hvor feil ikke fører til ugyldige vedtak:

For eksempel kommer en person en fredag til sosialkontoret med søknad om matpenger, også kalt nødhjelp. Den ansatte i skranken sier at kontoret ikke kan ta imot søknaden da de først trenger kontoutskrifter for de tre siste månedene, bekreftelse på at vedkommende er meldt arbeidsledig og har sendt meldekort hver 14. dag samt dokumentasjon på betalt husleie for den siste måneden. De sier også at søkeren kan først forsøke å skaffe penger via familie og venner. Søknaden blir ikke tatt imot, og vedkommende får den dermed ikke behandlet. Det foreligger ikke et ugyldig vedtak, men det synes å foreligge feil gjort av forvaltningen: Søknaden skal tas imot og et eventuelt avslag skal gis skriftlig. Dette følger av for eksempel prinsippet om forsvarlig saksbehandling, god forvaltningsskikk samt fvl. § 11 og § 23.

Det synes også å være brudd på prinsippet om forholdsmessighet å kreve så omfattende dokumentasjon for å vurdere en søknad om nødhjelp. Prinsippet om forholdsmessighet innebærer blant annet at dokumentasjon som kreves ikke skal være mer omfattende enn nødvendig i forhold til det det søkes om²⁷. En søknad om nødhjelp er en hastesøknad i en situasjon hvor søker mener å ha akutt behov for midler til mat eller andre livsnødvendigheter. Behovet er akutt, og søknaden skal dermed behandles så raskt som mulig og senest innen 24 timer²⁸.

Når personen blir avvist i skranken på denne måten, får han ikke forsvarlig vurdert sitt behov for matpenger av forvaltningen samt at klagemulighetene

²⁶ Boe (1993) s. 826

²⁷ Eckhoff og Smith (2010) s.389, s. 424 - 426

²⁸ http://www.ombudet.oslo.kommune.no/sosialkontoret_okonomisk_sosialhjelp/

uteblir. Personen går således glipp av sine rettigheter på grunn av feil fra forvaltningens side, og feilen har påført søker økonomisk tap dersom man legger til grunn at stønaden hadde blitt innvilget dersom søknaden hadde blitt tatt imot og behandlet på forsvarlig måte. Spørsmålet blir her om søkeren kan bygge et erstatningskrav på denne feilen og krevet tapet dekket – og således blir også spørsmålet om ansvarsgrunnlag aktuelt.

I utlendingsforvaltningen²⁹ kan feil søknadsdato bidra til at utledningen må forlate Norge mens hans søknad om opphold behandles, eller at han mister rettigheten til å arbeide mens søknaden behandles. Dette kan utvilsomt føre til både økonomiske tap og ikke-økonomiske tap. Dersom utlendingen søker fornyelse av oppholdstillatelse etter § 61 i utlendingsloven, så kan vedkommende oppholde seg i Norge på samme vilkår som forrige tillatelsen mens søknaden om fornyet opphold behandles. Dersom utlendingen blir avvist i skranken og ikke får levert sin søknad om fornyet opphold i tide, så går han glipp av rettigheten til å oppholde seg i landet på samme vilkår. Vedkommende har ikke lenger rett på for eksempel å arbeide og kan således miste arbeidsinntekt og kanskje jobben. En slik situasjon aktualiserer spørsmålet om utlendingsmyndighetenes erstatningsansvar og således ansvarsgrunnlag.

Det kan generelt sies å være problematisk dersom skrankepersonell i forvaltningen nekter å ta imot en søknad uansett om det gjelder sosialkontoret, barnevernstjenesten, NAV eller utlendingsforvaltningen. Poenget er at denne type ”skrankefeil” kan skje i mange tilfeller og dermed er de ovenfor illustrerte ansvarsspørsmål praktisk aktuelle.

Erstatningsspørsmål kan altså være aktuelle i tilfeller hvor forvaltningens feil ikke fører til et ugyldig vedtak, og dette kan også illustreres med ulike typer *veiledningsfeil* – slik som manglende veiledning eller misvisende vei-

²⁹ Utlendingslovens § 61, 6. og 7. ledd

ledning. Dette kan føre til at borgeren lar være å søke om et gode som han hadde fått dersom han hadde søkt. Man kan påvise en feil og et økonomisk tap, men ingen ugyldighet. Det finnes en rekke veiledningsfeil som kan påføre borgerne tap.

Hans Petter Graver³⁰ skriver i sin bok «Alminnelig forvaltningsrett» følgende om det offentliges erstatningsansvar: ” *Det er ingen nødvendig betingelse for at det foreligger rettsstrid, at den skadevoldende handling består i et ugyldig vedtak. I noen tilfelle skyldes skaden nettopp det forhold at det er begått feil som etter ugyldighetsreglene ikke leder til ugyldighet, slik at vedtaket ikke kan omgjøres til gunst for skadelidte. I andre tilfelle er det ikke et vedtak, men et manglende vedtak som utløser skaden der parten har hatt forventninger om et slikt, se til illustrasjon RT.1991 S. 282. At det foreligger et ugyldig vedtak, er heller ingen tilstrekkelig betingelse for at det foreligger et erstatningsmessig tap eller ansvarsgrunnlag for det offentlige. Det er således ikke noe sammenfall mellom reglene om ugyldige vedtak og reglene om det offentliges erstatningsansvar for urettmessig myndighetsutøvelse.*”.

Dette kan oppsummeres med at erstatningsansvar kan være aktuelt ved ugyldige forvaltningsvedtak, men også ved urettmessig myndighetsutøvelse som ikke nødvendigvis fører til et ugyldig vedtak. Videre kan erstatningsansvar være aktuell ved et manglende vedtak for eksempel der parten har hatt en forventning om et vedtak. Det er da også slikt at i noen situasjoner kan kanskje selve vedtaket sees som reparasjon av skaden, jf. Vangen-dommen.

1.6.2 Personlig skyldansvar, ansvar på subjektivt grunnlag, culpa, uaktsomhetsansvar

³⁰

Graver (2007) s. 615

Det objektive ansvaret blir som regel kalt for det objektivet ansvaret i litteraturen, mens culpa-ansvaret har mange navn.

Nils Nygaard³¹ bruker i boken « Skade og ansvar» betegnelsen *personlig skyldansvar*, som tilsvarende culpaansvaret og uaktsomhetsansvaret. Nygaard³² skriver at uansett uttrykk man bruker på å uttrykke personlig skyldsansvar, så er poenget ved dette ansvarsgrunnlaget å avklare om handlingen har vært «forsvarlig».

Nygaard³³ sier at det grunnleggende ved skyld er at den handlende skulle ha handlet annerledes, og denne handlingen kaller han for den *alternative* handlingen. Det at den handlende ikke handlet annerledes, men gjorde som han gjorde, bidro til en uforsvarlig handling og skyld.

I oppgaven brukes ordene *skyld* og *culpa* om hverandre, og det samme gjelder også uttrykkene *personlig skyldsansvar*, *skyldsansvar*, *uaktsomhetsansvar* og *culpa-ansvar*, gjerne ut i fra hva de aktuelle forfatterne, som det refereres til, selv bruker i sine tekster.

Culpa-ansvaret er den alminnelige regelen i erstatningsretten.³⁴ Det er tre grader av skyld i erstatningsretten: uaktsomhet, grov uaktsomhet og forsett.³⁵ Skyldgraden skal ikke berøres nærmere i oppgaven.

Når den handlende har gjort noe som kan sies å være uforsvarlig, kan han allikevel ha *unnskyldningsgrunner* som gjør at han frifinnes og at erstatnings-

³¹ Nygaard (2001) s. 170

³² Nygaard (2001) s. 170

³³ Nygaard (2001) s. 172

³⁴ Lødrup (2011) s. 127

³⁵ Lødrup (2011) s. 127

ansvaret ikke inntreer. Disse unnskyldningsgrunner gjelder delvis tanken og delvis handlingen. Det er disse unnskyldningsgrunner som gjør at ansvaret blir culpa, dvs. at den handlende har utvist skyld.³⁶ Hovedpoenget i culpa-vurderinger er om den handlende *burde ha handlet annerledes*.³⁷

Nygaard³⁸ skriver at det er ikke alltid lett å se en tydelig grense mellom rett og urett og unnskyldningsgrunnene. Av den grunn blir disse gjerne slått sammen slik at handlingen må være urett og uten unnskyldningsgrunner for at erstatningsansvaret inntreer. Det blir altså krevd at handlingen samlet sett må være *uforsvarlig*.³⁹

Skl. kapittel 2 regulerer det offentlige arbeidsgiveransvar på samme måte som andres arbeidsgiveransvar.⁴⁰ Ansvarsgrunnlaget her er objektivt ansvar med tilhørende culpa-vurdering. Når det gjelder det offentlige ansvar, så har det vært diskusjon om hvor grensene for forsvarlighet går.⁴¹ Lødrup⁴² viser til forarbeidene til skl. § 2-1 og sier at det har vært diskutert med henvisning til forarbeidene at det gjelder en spesielt mild culpa-norm hos visse offentlige servicevirksomheter, rednings- og bistandsytelser samt rådgivingsvirksomheter. Slike offentlige virksomheter kan for eksempel være NAV, barnevern, utlendingsforvaltningen med mer.

³⁶ Nygaard (2001) s. 173

³⁷ Knops oversikt over Norges rett (2009) s. 426

³⁸ Nygaard (2001) s. 173

³⁹ Nygaard (2001) s. 173

⁴⁰ Lødrup (2011) s. 217

⁴¹ Lødrup (2011) s. 218

⁴² Lødrup (2011) s. 219

I tilfeller hvor culpa-ansvaret av en eller annen grunn ikke kan gjøres gjeldene, kan det være aktuelt å finne ut om det offentlige allikevel kan være erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag.

1.6.3 Alminnelig ulovfestet objektivt ansvar

Det ulovfestede objektive ansvaret har utviklet seg gjennom rettspraksis siden 1860- tallet og er i motsetning til culpa-ansvaret helt uavhengig av skyld.⁴³ Bakgrunnen for utvikling av dette ansvaret var den tekniske utviklingen og industriutviklingen som skapte nye situasjoner og skadetilfeller.⁴⁴

Det ulovfestede objektive ansvaret som ble skapt gjennom rettspraksis har også etter hvert gitt grunnlaget for lover om objektivt ansvar slik som for eksempel produktansvarsloven 1988 og lov om yrkesskadeforsikring 1989.⁴⁵

Nygaard⁴⁶ sier at det ulovfestede objektive ansvaret kan deles i to hovedgrupper hvorav den ene gjelder de situasjoner der skaden ikke kan føres tilbake til noen konkrete objektive feil eller mangler, men der det allikevel er en stadig risiko for skade. Denne type objektivt ansvar kaller man for risiko-ansvaret. Den andre type objektivt ansvar hører til situasjoner hvor årsaken til skaden er teknisk svik, manglende teknisk oppdatering og lignende. Dette omfatter objektivt ansvar for uforsvarlig ordning.⁴⁷

⁴³ Nygaard (2000) s. 248

⁴⁴ Nygaard (2000) s. 248

⁴⁵ Nygaard (2000) s. 249

⁴⁶ Nygaard (2000) s. 251

⁴⁷ Nygaard (2000) s. 251

For at alminnelig ulovfestet objektivt ansvar skal bli aktuelt, må visse kumulative vilkår være innfridd: Risikoen må være stadig, typisk og ekstraordinær, skaden må skyldes en risiko fra en virksomhet, ting eller lignende og den påståtte ansvarlige må ha tilknytting til dette.⁴⁸

Spørsmålet er om det ulovfestede objektive ansvaret, som springer ut fra privatrettslige forhold, kan og eventuelt bør overføres til velferdsforvaltningen og utlendingsforvaltningen.

Det kan ikke sies at det offentlige har et objektivt ubetinget ansvar for ugyldige vedtak. Man må ta hensyn og vurdere nærmere omstendigheter rundt vedtaket og saken.⁴⁹

Med *objektivt ubetinget ansvar* for ugyldige vedtak menes det at ansvaret er absolutt og alltid til stede dersom det foreligger et ugyldig vedtak.

Med *objektivt erstatningsansvar* siktes det til ansvarsgrunnlaget i erstatningsretten og da til alminnelige ulovfestet objektivt ansvar.

1.6.4 Det offentlige, det forvaltningsrettslige og det privatrettslige

I oppgaven brukes begrepene *offentligrettslig* og *forvaltningsrettslig* om hverandre som motsetning til *det privatrettslige*.

Det privatrettslige i erstatningssammenheng gjelder private aktører som samhandler seg i mellom og hvor den ene påfører den andre en skade eller et tap.

⁴⁸ Nygaard (2000) s. 250

⁴⁹ Frihagen (1966) s. 505

Det offentligrettslige og forvaltningsrettslige i erstatningsrettens sammenheng gjelder tilfeller hvor den offentlige forvaltning påfører borgeren tap eller skade.

I denne oppgaven vil begrepet *borger* også inkludere *utlending*. Poenget er det offentliges erstatningsansvar ovenfor dem som av en eller annen grunn er avhengige av kontakten med det offentlige og da spesielt velferds- eller utlendingsforvaltningen.

1.7 Veien videre

I oppgaven kommer jeg først til å gå gjennom relevante rettskilder som kan bidra til kartleggingen av ansvarsgrunnlaget som gjelder for det offentliges erstatningsansvar. Når dette er gjort, vil jeg oppsummere funnene og se hvordan disse kan anvendes i praksis ved å se på noen eksempler fra utlendingsforvaltningen og velferdsforvaltningen.

2. Rettskilder

Erstatningsretten er det lovområdet hvor det lenge fantes lite formelle lover og hvor utviklingen var drevet fremover av rettspraksis og juridisk litteratur.⁵⁰ Men de siste 50 årene har det kommet en rekke lover på ulike livsområder som har lovfestet erstatningsvilkårene.⁵¹

⁵⁰ Lødrup (2008) s 21 og Lødrup (2009) s 63

⁵¹ Lødrup (2009) s 63

De fleste av disse lovene gjelder ikke for det offentliges erstatningsansvar hos velferds- og utlendingsforvaltningen og til tross for at det finnes en god del forvaltningsrettslige lover, både generelle slik som Forvaltningsloven, og spesielle, slik som for eksempel Utlendingsloven, Barnevernloven, Krisesenterlova, og lov om sosiale tjenester i NAV, så kan det sies å være et gjennomgående trekk ved disse lovene at de ikke inneholder bestemmelser som kan sies å regulere erstatningsspørsmålet.

2.1 Ulovfestet rett

I erstatningsretten er hovedregelen at det ikke er krav om lovhjemmel for å kunne være erstatningsansvarlig. Unntaket er erstatning for ikke- økonomisk tap hvor hovedregelen synes å være at det må foreligge lovhjemmel.⁵²

Dette har gjort det mulig for reglene om culpa-ansvaret og objektivt ansvar å vokse frem på ulovfestet grunnlag og utvikle seg mye gjennom rettspraksis. Derfor er studier av rettspraksis relevant.

2.2 Skadeerstatningsloven

Lov om skadeserstatning 13. juni 1969 (skl.) er den sentrale loven på erstatningsrettens område og er en delvis kodifisering av norsk erstatningsrett.⁵³

Spesielt relevant her er skadeerstatningslovens kapittel 2. Den gir regler om ”Det offentliges og andre arbeidsgiveres ansvar m. v.”⁵⁴ Reglene i skadeerstat-

⁵² Nygaard (2001) s. 12

⁵³ Lødrup (2009) s. 64

⁵⁴ Lødrup (2009) s 64 og Engstrøm (2010) s 66

ningsloven anvendes både på erstatning i og utenfor kontraktsforhold, med unntak av kapittel 4 (utmålingsreglene) som ikke gjelder for kontraktsrettslige forpliktelser.⁵⁵

Her nevner jeg skadeerstatningsloven, kun som bakgrunnsinformasjon. Den kan ikke sies å bidra til å avklare det ulovfestede objektive ansvaret for det offentlige, men er nyttig å ha i bakgrunnen som en lov som også gjelder det offentliges ansvar og hvor utgangspunktet for den skadelidte er ansvar på grunnlag av culpa.

2.2.1 Det offentliges og andre arbeidsgiveres ansvar .v. - skadeerstatningslovens kapittel 2, § 2-1

Skl. § 2-1 gjelder arbeidsgiverens ansvar uansett om arbeidsgiver er det offentlige eller ikke. Dette taler for denne bestemmelse kan være relevant for det offentliges ansvar.

Ansvarsgrunnlaget i kapittel 2 i skl. blir gjerne kalt for *arbeidsgiveransvaret*. Ansvarsgrunnlaget her kan kanskje sies å være todelt og inneholde både culpa og objektivt ansvar. Dette fordi at for at ansvaret her skal gjøres gjeldene, så må arbeidstakeren utvise skyld. Dersom arbeidstakeren har utvist skyld, så har arbeidsgiveren et objektivt ansvar.⁵⁶ Ansvar i § 2-1 er allikevel til syvende og siste et culpa-ansvar fordi at uten arbeidstakerens skyld, blir det ingen ansvar.⁵⁷

⁵⁵ Lødrup (2009) s 64

⁵⁶ Nygaard (2001), Knophs oversikt over Norges rett (2009) s. 432-433, Engstrøm (2010) s. 66 - 67

⁵⁷ Liisberg (2005) s. 500

Skyldkravet hos arbeidstakeren er fortsett eller uaktsomhet.⁵⁸

2.3 Forarbeider til Skl.

Det bør spesielt nevnes at forarbeidene kan tyde på en mild culpa-ansvar i visse offentlige virksomheter.

Det er følgende sitat fra Ot. Prp. Nr. 48 (1965-1966) XI s. 80 som er diskutert som mulig uttrykk for en mild culpa-norm: «Det vil etter departementets oppfatning ikke være rimelig at det statueres ansvar i ethvert tilfelle hvor det kan sies at en skade er voldt ved uaktsomhet. Dette gjelder særlig hvor det er tale om visse *service-virksomheter, rednings- og bistandsytelser og rådgivingsvirksomhet* av forskjellig. Bl. a. for å søke å få dette fram, er det i nr. 1 *annet punktum* fastsatt at det ved avgjørelsen av ansvarsspørsmålet skal «tas hensyn til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er til-sidesatt». I atskillige tilfelle vil forholdet være at *skadelidte* ikke kan stille særlige krav til vedkommende virksomhet, og dette vil da få betydning for om han kan gjøre erstatningskrav gjeldende.»

Dersom det er tilfelle at visse deler av forvaltningen i utgangspunktet har et mildt culpa-ansvar, slik forarbeidene antyder, så kan dette lede til å tro at forvaltningen ikke så lett skal kunne bli ansvarlig for sine feil. Dette kan være et argument imot objektivt ansvar.

Dette er blitt bestridt og diskutert og siden det er rettspraksis som bærer frem eventuelt objektivt ansvar, så er det i det videre interessant å se på det.

⁵⁸

Engstrøm (2010) s. 67

2.4 Rettspraksis

2.4.1 Generelt om rettspraksis innen erstatningsretten

Rettspraksis er en viktig rettskilde på erstatningsrettens område.⁵⁹ Erstatningsretten er nokså skjønnspreget og derfor er mange av dommene avsagt under dissens. I tillegg er erstatningsretten også veldig nyansert.⁶⁰

Studier av rettspraksis er nærmest nødvendig for å få en oversikt over erstatningsretten.⁶¹ Dette gjør det enda mer vanskelig å få et ordentlig bilde over det offentliges erstatningsansvar på for eksempel områder som har interesse i denne oppgaven slik som for eksempel den kommunale sosialtjeneste. Dersom en potensiell sosialklient har ressurser nok til å påklage saken til Fylkesmannen, så er dette bra. Men så å si ingen sosialhjelpssøker vil bringe saken sin inn for retten. Dette er kostbart og krever også en viss kunnskap. Riktig hjelp fra et sosialkontor har stor velferdsmessig betydning for den enkelte, men økonomisk er det snakk om relativt små beløp. Disse må veies opp mot kostnadene og tiden det vil ta og bringe saken inn for retten. Ulempen blir at borgerne kanskje ikke får de tjenestene av den kvaliteten de burde fått på grunn av manglende reell mulighet for overprøving i rettsapparatet og på grunn av manglende konsekvenser for tjenesteyter i form av for eksempel erstatning.

2.4.2 Dommer

I det videre vil det kort gjennomgåes noen relevante dommer for å se hva disse sier om ansvarsgrunnlaget ved det offentliges erstatningsansvar.

⁵⁹ Lødrup (2009) s 66

⁶⁰ Lødrup (2009) s 66

⁶¹ Lødrup (2009) s 67

2.4.2.1 Rt-1951 – 19 Mortvedtdommen

I denne dommen var det fire drosjeeiere som var blitt nektet drosjebevilling. Dette fordi at de hadde vært passive medlemmer av NS under krigen. Retten kjente vedtakene ugyldige og tilkjente erstatning.

Her det også snakk om erstatning ved ugyldig forvaltningsvedtak. I dommen kommer det frem at forvaltningen hadde rett til å utøve skjønn når de vurderte innvilgelse av drosjebevillinger og det var åpning for at de som hadde vært straffet for landssvik, kunne nektes bevillingen. I dette tilfelle fant retten at nektelsen var *så urimelig og stridende mot alminnelige samfunnsoppfatning* at erstatning ble tilkjent.⁶²

Når det foreligger et ugyldig forvaltningsvedtak, så kan det sies at det allerede er gjort en rettsstridig handling i forvaltningen som har resultert i ugyldighet og således *er en grunnbetingelse for culpa-ansvaret oppfylt*.⁶³ Unnskyldelig rettsvillfarelse kan i så fall fritas for culpa-ansvaret.⁶⁴

Her kommer det inn spørsmål om forvaltningens ansvar ved rettsvillfarelse er culpa eller objektivt ansvar.⁶⁵

I dommen⁶⁶ kommer det fram at drosjeeierne ikke fikk nye bevillinger kun fordi at de var blitt straffet for passivt medlemskap i N. S. Drosjeeierne ble

⁶² Rt. 1951 s. 19 (s. 20)

⁶³ Eckhoff og Smith (2010) s. 510

⁶⁴ Eckhoff og Smith (2010) s. 510

⁶⁵ Eckhoff og Smith (2010) s. 510

altså nektet til å utøve sitt tidligere yrke selv om de hadde betalt bøter for sine handlinger under krigen. Retten mener at selv om det er begrensinger i rettens overprøving av forvaltningens frie skjønn, så *er dette resultat etter ...så urimelig og så stridende mot alminnelig samfunnsoppfatning* at statens avgjørelse erkjennes ugyldig.⁶⁷

Erstatningen i denne saken blir idømt på grunn av to forhold; for det første fordi at saksbehandlingstiden hadde vært alt for lang frem til staten kom til endelig avslag og for det andre på grunn av rettstridig vedtak.⁶⁸

Dommen selv bruker ikke begrepene culpa eller ulovfestet objektivt ansvar. Det blir en tolkning om ansvarsgrunnlaget i dommen kan sies å være culpa eller ulovfestet objektivt ansvar.

Dommen viser i hvert fall at det offentlige kan stå til ansvar for egne feil som påfører borgerne tap. Slik jeg ser i dommen, tyder ingenting for at saksbehandlingsfristen i de ulike statlige instansene var overskredet, men totalt for drosjeeierne ble det en urimelig lang saksbehandlingstid frem til man kom frem til en endelig forvaltningsavgjørelse. Dette tyder på at ansvarsgrunnlaget er ulovfestet objektivt ansvar.

Når det gjelder ansvarsgrunnlaget for det ugyldige vedtaket, så kan det også sies at det tyder på at ansvarsgrunnlaget er objektivt ansvar, da dommen ikke diskutere skyld eller forsvarlighet. Ugyldighet blir erkjent på grunn av urimelig resultat som strider mot allmenne oppfatninger. Fokuset er på resultatet og konsekvensene. Samtidig er ugyldighet i seg selv en feil.

⁶⁶ Rt. 1951 s. 19 Mortvedtdommen (s.23)

⁶⁷ Rt. 1951 s. 19 Mortvedtdommen (s.25)

⁶⁸ Rt. 1951 s. 19 Mortvedtdommen (s.26)

Dommen tyder på at det offentlige skal bære risiko i form av erstatning for urimelig resultat som borgeren blir påført uansett om skyld kan konstateres eller ikke. Samtidig kan det sies at saksøkerne ikke fikk utøvd sitt yrke på grunn forvaltningens vedtak samt at det kan synes som nektelsen hadde et pønalt preg. Det kommer frem i dommen at drosjeeierne hadde vært straffet for passivt medlemskap i N. S. og at de hadde betalt sine bøter. Nektelse av drosjebevilling på toppen av dette, kan således sies å ha et element av straff i seg. I tillegg var vedtaket (nektelsen) skjønnsbasert.

Når det gjelder dommens overføringsmulighet til velferds- og utlendingsforvaltning, så kan det være relevant å ta med at skjønnsbaserte avgjørelser som er relativt inngripende (nektelse av yrkesutøvelse), uheldig lang saksbehandlingstid samt et element av straff, kan tale for erstatning på ulovfestet objektivt grunnlag.

Hagstrøm⁶⁹ mener at det er et spørsmål om terminologi om ansvarsgrunnlaget Mortvedt-dommen er culpa eller objektivt ansvar. Hagstrøm⁷⁰ mener at det er mer riktig å si at det dreier seg om culpa-ansvar fordi at *Det dreier seg om rettsstridige handlinger, naturlig nok med forsett, og en skjønnsutøvelse som er grovt urimelig. For ugyldighet pga feil i saksbehandlingen var både Eckhoff og jeg enige om at uvitenhet om eller feiltolkning av en saksbehandlingsregel nærmest utenkelig kan bli ansett for å være unnskyldelig (Lov og Rett, 1988 s. 317 s. 319).*⁷¹

Således kan det sies at Hagstrøm mener at ved ugyldighet grunnet saksbehandlingfeil foreligger det uansett skyld hos forvaltningen og dermed culpa-ansvaret ved en eventuell erstatning.

⁶⁹ Hagstrøm (2010) s. 292

⁷⁰ Hagstrøm (2010) s. 292

⁷¹ Hagstrøm (2010) s. 292

2.4.2.2 Rt-1960 – 1374 Drosjeeier

En drosjeeier hadde fått flere avslag på drosjebevillinger. Han gikk til retts-sak mot Samferdselsdepartementet. Vedtakene om nektelse av bevillinger ble kjent ugyldige på grunn av uriktig faktum, og drosjeeieren fikk tilkjent erstatning.

Her er det snakk om erstatning på grunn av ugyldig forvaltningsvedtak. Ret-ten⁷² sier at grunnen til at det faktiske grunnlaget ikke var riktig, skyldes feilaktig saksbehandling. Således skyldes feil faktum i denne saken forhold på forvaltningens side.

Dommen⁷³ sier at saksøker har krav på erstatning på grunn av ugyldig for-valtningsvedtak. Ugyldigheten skyldes, som nevnt, forhold på forvalt-ningens side. Høyesterett henviser i dommen til forvaltningens mangelfulle saksbehandling⁷⁴, noe som indikerer at dommen bygger på culpa-vurderingen og derfor kan det sies at det allerede ved ugyldighet i dette til-fellet foreligger skyld hos forvaltningen. Således tyder dette på at ansvars-grunnlaget her er culpa.

For velferds- og utlendingsforvaltningen kan dette være relevant i tilfeller hvor feilaktig saksbehandling fører til uriktig faktum. I slike tilfeller konsta-

⁷² Rt. 1960 s. 1374 Drosjeeier-dommen (s.1378)

⁷³ Rt. 1960 s. 1374 Drosjeeier-dommen (s.1380)

⁷⁴ Rt. 1960 s. 1374 Drosjeeier-dommen(s. 1378)

teres det skyld hos forvaltningen og således er erstatning aktuelt, og ansvarsgrunnlaget kan sies i slike tilfeller å være culpa.

2.4.2.3 Reitgjerdedom II Rt. 1987 s. 1495

Dommen gjelder en pasient som ble tilbakeholdt ulovlig i lenger tid på et psykiatrisk sykehus. Tilbakeholdelsen i flere år på sykehuset ble erkjent ugyldig. Dommen⁷⁵ sier at ved et slikt inngrep som tilbakeholdelse med tvang over flere år er, gjelder det objektivt ansvar for det offentlige.

Vangen- dommen⁷⁶ nevner denne dommen⁷⁷ som et eksempel på et strengere ansvar enn det alminnelige arbeidsgiveransvaret etter skadeerstatningsloven § 2-1: *"I Rt. 1987 s. 1495 kom Høyesterett til at staten har et objektivt ansvar for ulovhjemlet tvangsmessig tilbakeholdelse i psykiatrisk sykehus, ..*⁷⁸*"*

Forklaringen på at objektivt ansvar er i dømt er særlige hensyn som gjør seg gjeldene for denne type forvaltningsvedtak.⁷⁹ Det kan altså sies at det gjelder særlige hensyn ved tvangsinnleggelse på grunn av feiltolkning av lovregler som er basert på skjønn.

2.4.2.4 Furunkulose dommen, Rt-1992-453

⁷⁵ Rt. 1987 s. 1495 (s. 1508)

⁷⁶ Rt. 2010 s. 291 (29)

⁷⁷ Rt. 1987 s. 1495

⁷⁸ Rt. 2010 s. 291 (29)

⁷⁹ Rt. 2010 s. 291 (32)

Importert laksesmolt hadde sykdommen furunkulose. Staten ved landbruskdepartementet hadde gitt tillatelse til import av denne laksesmolten. En rekke lakseoppdrettere fikk medhold i sitt krav om erstatning fra staten. Dissens 3-2.⁸⁰

Denne dommen handler om et statlig vedtak i form av en tillatelse til import av smolt. Et slikt vedtak innebærer utøvelse av forvaltningens frie skjønn, noe som i utgangspunktet ikke skal overprøves av retten kun på grunn av andre skjønnsmessige vurderinger og dette anfører også staten i denne saken.⁸¹ Førstvoterende spør i dommen om myndighetsutøvelsen som førte til denne tillatelsen og som videre førte til mye utilsiktede skadevirkninger, har vært forsvarlig.⁸² Dommen sier videre at det er det *naturlige utgangspunktet, at uforsvarlig myndighetsutøvelse som volder den enkelte borger tap, skal erstattes*.⁸³ I dommen viser staten til forarbeidene til skadeerstatningsloven av 1969 og sier at aktsomhetskravet for staten må settes lavt.⁸⁴

Førstvoterende kommenterer dette med å si at forarbeidene skiller mellom ulike type statlige virksomheter. I denne situasjon er det snakk om mulig skade av stort omfang og på nasjonalt nivå og dermed må aktsomhetskravet settes høyt.⁸⁵

I dommen konkluderes det med at vilkårene som var satt for tillatelsen ikke var forsvarlige i den foreliggende situasjonen.⁸⁶

⁸⁰ Rt. 1992 s. 453

⁸¹ Rt-1992-453 s. 476

⁸² Rt-1992-453 s. 477

⁸³ Rt-1992-453 s. 478

⁸⁴ Rt-1992-453 s. 478

⁸⁵ Rt-1992-453 s. 479

⁸⁶ Rt-1992-453 s. 484

Spørsmålet er om ansvarsgrunnlaget i dommen er objektivt ansvar eller culpa. Dommeren er opptatt av forvarlighet av vilkårene for tillatelsen. Dette taler for et strengt culpa-ansvar. Ved å handle uforsvarlig utviste staten skyld og dette førte til ansvar i denne dommen. Etter mitt syn kan man ikke tale om et objektivt ansvar her. Ved objektivt ansvar hadde det ikke vært nødvendig å foreta en aktsomhets- og forvarlighets vurdering, noe som dommeren bruker en del tid på. Samtidig er dommerens utgangspunkt også det omfattende skadeomfanget som til og med kunne blitt enda større og på et nasjonalt nivå. Men allikevel taler drøftelsene om aktsomhet og forsvarlighet for at resultatet bygget på culpa-ansvar.

Når det gjelder spørsmålet om det kan sies å foreligge et eget ansvarsgrunnlag i forvaltningen, så kan det strenge culpa-ansvaret i Furunkulose-dommen tyde på at så kan være tilfelle.

Det kan være mulighet for at forvaltningens ansvar ligger et sted mellom culpa og ulovfestet objektivt ansvar og gjør seg gjeldene ved feil anvendt skjønn som kan få/får store konsekvenser for borgeren eller nasjonen slik i furunkulose-dommen hvor spredning av sykdommen kunne ha fått svært alvorlige følger for hele nasjonen (nasjonalt nivå).

2.4.2.5 Lege – godkjenning av praksis – dommen avsagt 17.4.2002, LB- 2000-1785

Dette er en lagmannsrettsdom hvor et vedtak fattet av helsemyndigheter om legens turnusgodkjenning, ble erkjent ugyldig og erstatning tilkjent.

Dommen sier ikke noe direkte om ansvarsgrunnlaget. Den sier⁸⁷ at «Ugyldigheten er av en slik art at lagmannsretten finner det klart at staten ved

⁸⁷

LB- 2000-1785 (s. 11 i utskrift fra lovdata)

Helsedepartementet må være erstatningsansvarlig for det tapet A måtte ha lidt som følge av vedtaket.».

Om ugyldigheten sier dommen følgende: «*Samlet sett er det etter lagmannsrettens mening så stor usikkerhet og uklarhet knyttet til spørsmålet om Helseilsynet har brukt rettsreglene riktig og foretatt en konkret avveining av relevante faktiske forhold, at vedtaket må oppheves som ugyldig.».*

Det er altså på grunn usikkerheten om reglene er brukt riktig og om de faktiske forhold er vurdert riktig at vedtaket oppheves. Det synes som retten mener at en eventuell ugyldighet i dette tilfelle er alvorlig og at det derfor innvilges erstatning. Dette taler for at ansvarsgrunnlaget her er objektivt, spesielt fordi at det er knyttet usikkerheten rundt regelanvendelsen og vurderingen av de faktiske forhold. Dersom det hadde vært sikkert at reglene er anvendt uriktig, så hadde ansvarsgrunnlaget var culpa.

Dette er en lagmannsrettsdom og den har ikke samme rettskildeverdien som en høyesterettsdom. Derfor er ikke dommen så godt egnet til å avklare hvorvidt forvaltningen generelt sett kan holdes objektivt ansvarlig.

2.4.2.6 Advokatbevillingsdommen, Rt. 2005, s. 416

En advokat hadde fått kalt tilbake sin bevilling på grunn av en formalitet som ikke var i orden. Når den var brakt i orden, fikk han likevel ikke bevillingen tilbake og gikk til sak. I dommen ble staten pålagt å betale erstatning på objektivt grunnlag for sin uhjemlede myndighetsutøvelse som gjorde at advokaten ikke kunne utøve sitt yrke i flere måneder.

I dommen kommer det frem at i tillegg til at myndighetsutøvelsen i denne saken var uhjemlet, så hadde avslaget i tillegg et pønalt preg og selv om avslaget ikke var truffet i statens egne interesser, så ilegger dommen objektivt ansvar i et slikt tilfelle.⁸⁸

Også i denne dommen dreier det seg om særlige hensyn som begrunner objektivt ansvar.⁸⁹

2.4.2.7 Vangen dommen Rt. 2010 s. 291

Dommen behandler spørsmålet om kommunal erstatningsansvar ved ugyldig vedtak etter plan- og bygningsloven av 1985. Forvaltningsvedtaket var blitt erkjent ugyldig på grunn av manglende lovhjemmel, allikevel fant høyesterett at det ikke var grunnlag for å gi erstatning ut i fra objektivt ansvar. Det var heller ikke grunnlag for erstatning etter skadeerstatningslovens § 2-1 da kommunens lovforståelse kunne sies å ha vært forsvarlig.⁹⁰

Dommen⁹¹ sier at på enkelte områder har Høyesterett pålagt det offentlige objektivt ansvar for ulovhjemlet myndighetsutøvelse og at dette gjelder områder hvor særlige hensyn gjør seg gjeldene. På plan- og bygningsrettens område foreligger ikke slike særlige og tungtveiende hensyn og dermed skal ikke det offentlige ha objektivt ansvar på dette området.⁹²

⁸⁸ Rt. 2005, s. 416 (65)

⁸⁹ Rt. 2010 s. 291 (32)

⁹⁰ Rt. 2010 s. 29 innledning

⁹¹ Rt. 2010 s. 291 (35)

⁹² Rt. 2010 s. 291 (35)

Dommen⁹³ viser til Rt. 1987 s. 1495 og Rt. 2005 s. 416 som er presentert ovenfor og sier at det er på disse områdene at særlige hensyn, som kan føre til objektivt ansvar, gjør seg gjeldene. Her handler det om ulovhjemlet innleggelse på psykiatrisk sykehus og nektelse av advokatbevilling som frarøvet advokaten mulighet til å utøve sitt yrke.

På plan- og bygningsrettens område er det arbeidsgiveransvaret etter skl. § 2-1 som gjør seg gjeldene.⁹⁴ Ut ifra skl. § 2-1 er det et krav om *uforsvarlighet* og dermed *culpa* for at ansvaret skal gjøre seg gjeldene.

2.5 Reelle hensyn

2.5.1 Privatrettslige og offentligrettslige hensyn

Viggo Hagstrøm⁹⁵ i sin bok *Offentligrettslig erstatningsansvar* nevner følgende hensyn som kan være avgjørende i vurdering om det objektivet erstatningsansvaret skal ilegges: Interessehensynet, pulveriseringshensynet, forsikringshensynet og prevensjonshensynet. Disse hensynene er blitt utviklet på privatrettslig område, og Hagstrøm⁹⁶ undersøker bruken av disse på det offentligrettslige området.

Det understrekes at de reelle hensyn ikke er kumulative vilkår for ansvar, men kan sammenlignes med argumenter som i det konkrete tilfellet kan tale for eller imot innleggelse av et objektivt erstatningsansvar. Noen ganger kan flere av dem gå i samme retning, mens andre ganger kan de gå i hver sin retning og da vil ut-

⁹³ Rt. 2010 s. 291

⁹⁴ Rt. 2010 s. 291 (32)

⁹⁵ Hagstrøm (1987) s. 167

⁹⁶ Hagstrøm (1987) s. 167

fallet avhenge av om disse hensyn samlet sett taler for eller imot ileggelse av objektivt ansvar.⁹⁷

2.5.1.1. Interessehensynet

I utgangspunktet i privatrettslige forhold innebærer dette hensynet at den som har fordel av et tiltak, skal også bære omkostninger for dette. I offentligrettslige forhold skilles det mellom tiltak som har samfunnets interesse og tiltak som har skadelidtes interesse. Dersom tiltaket er i samfunnets interesse, så skal samfunnet, altså det offentlige, bære omkostningene, men dersom tiltaket er i skadelidtes interesse er det i utgangspunktet den skadelidte som skal bære dem.⁹⁸

Det skal skilles mellom et arguments relevans og vekt. I noen saker kan interessehensynet ha en stor relevans og vekt, mens dette ikke er tilfelle i andre saker.⁹⁹

2.5.1.2 Pulveriseringshensynet

Utgangspunktet for pulveriseringshensynet er å plassere tapet der det kan bæres lettere. Det finnes ikke en eneste dom hvor dette hensynet er det viktigste, ifølge Hagstrøm.¹⁰⁰ Det kommer som regel i tillegg til andre hensyn i en nokså nedtonet form.¹⁰¹

⁹⁷ Hagstrøm (1987) s. 167-168

⁹⁸ Hagstrøm (1987) s. 171

⁹⁹ Hagstrøm (1987) s. 174

¹⁰⁰ Hagstrøm (1987) s. 176

¹⁰¹ Hagstrøm (1987) s. 176

2.5.1.3 Prevensjonshensynet

Ut i fra dette hensynet skal det objektive ansvaret bidra til generell forebygging av skader på vedkommende område. Dette er relevant også for det offentliges erstatningsansvar.¹⁰²

2.5.1.4 Oppsummering av reelle hensyn

I følge Hagstrøm¹⁰³ kan det ikke lages en eksakt liste over hvilke hensyn som veier tyngst, men noen antydninger kan man komme med. Pulveriseringshensynet anføres ofte som argument for statens ansvar, men det er lite slagkraftig argument. Interessehensynet har noe sterkere vekt enn pulveriseringshensynet og det er også mulig at interessehensynet går foran prevensjonshensynet.¹⁰⁴

2.6 Juridisk litteratur

Litteratur på erstatningsrettens område har også en relativt stor innflytelse i utviklingen av erstatningsretten og man kan si at samspillet mellom juridisk teori og rettspraksis bidrar godt til utviklingen av erstatningsretten.¹⁰⁵

2.6.1 Viggo Hagstrøm¹⁰⁶ om det offentliges erstatningsansvar

¹⁰² Hagstrøm (1987) s. 178-179

¹⁰³ Hagstrøm (1987) s. 174

¹⁰⁴ Hagstrøm (1987) s. 174

¹⁰⁵ Lødrup (2011) s. 71

¹⁰⁶ Hagstrøm (1987)

Det offentliges erstatningsansvar er historisk sett noe nytt både i Norge og Europa. I tidligere tider da kongen hadde eneveldet var det utenkelig at han skulle bli erstatningsansvarlig for noe. Sakte har det skjedd en rettsutvikling hvor det offentliges erstatningsansvar blir mer og mer aktuelt.¹⁰⁷

Viggo Hagstrøm¹⁰⁸ skriver at det offentliges erstatningsansvar frem til 1952 da den annen konsuldom Rt. 1952 S. 536 kom, ble oppfattet som noe spesielt og annerledes enn det privatrettslige erstatningsansvaret. Det ble argumentert med at statens ansvar er annerledes og dermed skal begrenses. Lovgiver ønsket å endre på dette og så derfor analogien til det privatrettslige erstatningsansvaret. Dette ser man i forarbeidene til Skadeerstatningsloven fra 1969.¹⁰⁹

I 1987 spør Hagstrøm¹¹⁰ om det allikevel er og skal være forskjeller mellom offentligrettslig og privatrettslig erstatningsansvar. Dette for det første fordi at det offentlige driver en del virksomheter som ikke har paralleller til de privatrettslige virksomheter slik som for eksempel skoler eller forsvar. For det andre fordi at den skadelidte har helt annet type tvang og avhengighet av det offentlige og forventning til det offentlige enn til det private.¹¹¹

Siden det er to såpass ulike utgangspunkter for de rent offentlige virksomheter og de private, så er det ikke sikkert at de privatrettslige erstatningsreglene kan anvendes analogisk på det offentliges erstatningsansvar. Videre har staten nærmest ubegrensede muligheter til å pulverisere tapet. Spørsmålet blir således om

¹⁰⁷ Hagstrøm (1987) s. 32-33

¹⁰⁸ Hagstrøm (1987) s. 35

¹⁰⁹ Hagstrøm (1987) s. 35-36 og Ot. Prp. nr. 48 (1965-66) s. 50

¹¹⁰ Hagstrøm (1987) s. 36-40

¹¹¹ Hagstrøm (1987) s. 36-40

den enkelte skal bære tapet (omkostninger ved statens virksomhet) eller om tapet skal fordeles på fellesskapet.¹¹²

I fransk rett har man med utgangspunkt i et likhetsprinsipp ment at det er fellesskapet som må bære omkostninger ved offentlig virksomhet. Dette fordi at det offentlige tjener fellesskapets interesser, og dersom noen får skade på grunn av dette så blir det urettferdig om han selv må bære tapet. Det at offentlige betaler erstatning for sine feil kan øke tillit til staten, noe som er ønskelig. På en annen side betaler staten allerede for en god del ting, for eksempel via trygdelovgivningen og da er spørsmålet om det offentlige har nok midler til å kunne betale for enda mer. Det blir også et spørsmål om interesseavveining når det gjelder om risikoen bør plasseres hos borgeren eller staten. Det er da også slikt at det offentlige i stor grad påtar seg oppgaver som andre ikke ønsker eller klarer å utføre, såkalte upopulære oppgaver. På en del områder forsøker offentlige stadig å avverge farer de ikke selv har skapt og da blir det kanskje ikke riktig å bli ilagt erstatningsansvar i en situasjon hvor de prøver å hjelpe.¹¹³

Hagstrøm¹¹⁴ skriver at culpa-ansvaret spesielt på det offentligrettslig og profesjonsansvarets område er et teknisk-juridisk spørsmål om det skulle ha vært handlet annerledes.

Hagstrøm¹¹⁵ oppgir at det offentliges ansvarsgrunnlag vanligvis er culpa etter Skl. § 2-1 om arbeidsgiveransvaret eller etter ulovfestet rett om organansvaret, men det er en del avgjørelser, hvor det offentlige er blitt pålagt ansvar på grunn av ugyldige forvaltningsvedtak og i følge Hagstrøm hevdes det i nyere (i 1987)

¹¹² Hagstrøm (1987) s. 37

¹¹³ Hagstrøm (1987) s. 38-40

¹¹⁴ Hagstrøm (1987) s. 85

¹¹⁵ Hagstrøm (1987) s. 43

forvaltningsteori at det offentlige i disse dommene er blitt pålagt objektivt ansvar, noe Hagstrøm uten videre ikke er enig i.

Videre skriver Hagstrøm¹¹⁶ at det tradisjonelt i norsk erstatningsrett kan oppstilles to typer objektivt ansvar: den ene ulovfestet objektivt ansvar som misvisende også kalles for ansvar for farlig bedrift og for det andre en type objektivt forvaltningsansvar. Det objektivet forvaltningsansvaret bygger på at det offentlige har utøvet urett mot det enkelte og ikke på læren om ekstraordinær risiko for skade og de medfølgende rettspolitiske hensyn. Dersom det eksisterer et slikt offentlig objektivt erstatningsansvar for ugyldige forvaltningsvedtak, så kan det ikke utelukkes at det offentlige også ved en annen type feil har et objektivt erstatningsansvar.¹¹⁷

Hagstrøm¹¹⁸ sier at det er en usikkerhet og uenighet om hvordan man skal tolke den foreliggende rettspraksisen om erstatning ved ugyldige forvaltningsvedtak. Minimumsvilkåret for erstatning er som regel at handlefrihetens grenser er overskredet, men når de er overskredet, altså det foreligger ugyldighetsgrunner, så er ansvaret også etter culparegelen til stede med mindre det foreligger særskilte unnskyldningsgrunner som er aktuelle etter culparegelen. I tillegg kan usikkerheten og uenigheten skyldes uklarheten i terminologien.¹¹⁹

Hagstrøm¹²⁰ mener at det trengs en ny terminologi på hele culparegelens område som skiller mellom objektive og subjektive vilkår for ansvar. Han foreslår å

¹¹⁶ Hagstrøm (1987) s. 44

¹¹⁷ Hagstrøm (1987) s. 44

¹¹⁸ Hagstrøm (1987) s. 44-45

¹¹⁹ Hagstrøm (1987) s. 44-45

¹²⁰ Hagstrøm (1987) s. 50

gjeninnføre begrepet *rettsstridig*, som betyr at "*handlingen objektivt sett og fra et erstatningsrettslig synspunkt ikke er rettmessig*."¹²¹

Videre tar Hagstrøm¹²² opp begrepet *fortsett* og sier at det er det samme begrepet som anvendes i alminnelig erstatningsrett og i strafferett. Han sier at fortsettlig skadeforvoldelse er unntaket i den alminnelige erstatningsretten, men hovedregelen i det offentlige erstatningsansvar. Dette blant annet fordi at forvaltningsvedtak treffes som bevisste handlinger, og dermed kan de ikke være uaktsomme. Således vil det subjektive skyldkravet være oppfylt og dette er også forutsetning for ansvar. Dermed vil de andre betingelsene for ansvar være avgjørende for om det offentlige skal være erstatningsansvarlig. De andre betingelser for ansvar som nevnes er: Rettsstrid, fravær av unnskyldelig rettsvillfarelse og unnskyldelig faktisk villfarelse. Ugyldighet og rettsstrid har likhetsstrek med hverandre, og dersom det er avgjort at et vedtak er ugyldig så er vedtaket også rettstridig. Da gjenstår det å ta stilling til fravær av unnskyldelig rettsvillfarelse og unnskyldelig faktisk villfarelse. Det offentlige skal frifinnes etter culpa-regelen dersom det foreligger en av disse to nevnte unnskyldighetsgrunner. Således ved ugyldighet, det avgjørende for erstatningsansvaret blir om forvaltningen kan unnskyldes for å ha gjort feil i de faktiske forutsetningene for vedtaket eller i rettsanvendelsen. Alminnelige erstatningsrettslige prinsipper blir aktuelle her, men vurderingen blir annerledes for ugyldige forvaltningsvedtak enn for privatrettslige forhold.¹²³

Hagstrøm¹²⁴ gjennomgår rettspraksis om ugyldige forvaltningsvedtak frem til 1987 og konkluderer med at praksisen som retten praktiserer er i tråd med culpa-regelen. Han mener at det er uriktig å tolke rettsavgjørelsene dit hen at det

¹²¹ Hagstrøm (1987) s. 50

¹²² Hagstrøm (1987) s. 52

¹²³ Hagstrøm (1987) s. 52

¹²⁴ Hagstrøm (1987) s. 53-109

foreligger objektivt ansvar for forvaltningsvedtak. I alle gjennomgåtte dommer forelå det objektivt sett rettstridige forhold, dvs. at det offentlige hadde handlet i strid med loven. Videre var det handlet med fortsett da vedtakene var fattet med vitende og vilje. Alle dette taler tydelig for culpa-ansvaret.¹²⁵

Det er, som nevnt ovenfor, kun unnskyldelig faktisk og rettslig villfarelse som kan fritta for ansvar etter culpa-regelen. Borgernes beskyttelse mot det offentliges villfarelse ligger i prinsippene for forsvarlig saksbehandling. Dersom prinsippene om forsvarlig saksbehandling blir fulgt og tross dette blir det villfarelse om faktum, så kan dette like godt skyldes borgeren selv som svikt i systemet.¹²⁶

Hagstrøm¹²⁷ skriver at annerledes er det med rettslig villfarelse som vil, som regel, være det offentliges ansvar. Han skriver videre at det er ikke ønskelig med objektivt ansvar på alle forvaltningens områder. Culpa-ansvaret er strengt og vil gi tydelige signaler til det offentlige om at de både skulle og kunne ha handlet annerledes. Det er kun på få områder at det objektive ansvaret kan være ønskelig, og det er der det dreier seg om vidtgående inngrep slik som for eksempel innleggelse på psykiatrisk sykehus. I en slik situasjon kan det lett forekomme villfarelse om faktum og dermed er det behov for en utvidet beskyttelse av borgeren.¹²⁸

Hagstrøm¹²⁹ mener at det ikke er ønskelig å innføre et generelt objektivt offentligrettslig erstatningsansvar, men han ønsker å utvikle et spesielt offentligrettslig ansvar for spesielle skadesituasjoner hvor de alminnelige erstatningsrettslige reglene ikke gir tilstrekkelig beskyttelse.

¹²⁵ Hagstrøm (1987) s. 53-109

¹²⁶ Hagstrøm (1987) s. 108

¹²⁷ Hagstrøm (1987) s. 108-109

¹²⁸ Hagstrøm (1987) s. 108-109

¹²⁹ Hagstrøm (1987) s. 216

2.6.2 Uenigheten i juridisk litteratur

Lødrup¹³⁰ skriver at det er en viss uenighet i teorien om det kan kreves erstatning på objektivt grunnlag for ugyldige forvaltningsvedtak. Han mener at rettspraksis trekker i retning av et slikt ansvar, men at det er omstridt i teorien om et slikt ansvar kan og bør oppstilles. Også Bent Liisberg¹³¹ mener at det eksisterer et objektivt ansvar for ugyldige forvaltningsvedtak. Eivind Smith¹³² skriver også at rettspraksis går i retning av objektivt ansvar i visse tilfeller og at objektivt ansvar heller ikke er utelukket ellers.

Det har vært uenighet mellom Hagstrøm på den ene siden og blant annet Eckhoff og Frihagen på den andre om tolkning av en rekke dommer som pålegger det offentlige erstatningsansvar for forvaltningsvedtak beheftet med ugyldighet. Hagstrøm mener, som nevnt, at det ikke foreligger objektivt erstatningsansvar for slike vedtak.¹³³

Hagstrøm¹³⁴ mener at Vangen¹³⁵ dommen avsagt 5. mars 2010 avklarer frem til da uavklart rettstilstand. Dommen, ifølge Hagstrøm¹³⁶, viser at det ikke eksisterer noe generell objektivt erstatningsansvar for ugyldige forvaltningsvedtak og dommens rettskildemessige betydningen forsterkes av at det er fravær av disens

¹³⁰ Lødrup (2011) s. 223

¹³¹ Liisberg (2010) s. 282

¹³² Eckhoff og Smith (2010) s. 513

¹³³ Hagstrøm (1987) s. 43 og Eckhoff og Smith (2010) s. 510

¹³⁴ Hagstrøm (2010)

¹³⁵ Rt. 2010 s. 291

¹³⁶ Hagstrøm (2010)

i denne. Hagstrøm¹³⁷ på samme måte som i 1987 mener også i 2010 at objektivt ansvar ikke kan utelukkes i situasjoner hvor det offentliges vedtak er svært inn-
gripende. Liisberg¹³⁸ er uenig i dette og påpeker at denne dommen ikke gjelder
for statlig ansvar da den utelukkende handler om kommunalt erstatningsansvar.

2.6.3 Markus Hoel Lies oppsummering av eksisterende rettsstilstand 2012

Markus Hoel Lie¹³⁹ i sin artikkel *Objektivt erstatningsansvar for uriktig offentlig myndighetsutøvelse? – Fagfellevurdert* gjennomgår rettspraksis og spesielt Vangen dommen Rt 2010 s 291 og oppsummerer rettsstilstanden for det offentliges erstatningsansvar i år 2012. Hoel Lie har fokuset på hvilket ansvarsgrunnlag som skal gjøres gjeldene dersom det foreligger uriktig utøvelse av offentlig myndighet:

*"Et ansvarsgrunnlag er en rettslig begrunnelse for å flytte et tap som har rammet skadelidte, over på skadevolder."*¹⁴⁰

Diskusjonen, som skrevet ovenfor, går på om det foreligger et objektivt ansvar for det offentlige eller om ansvarsgrunnlaget er culpa. Ved objektivt ansvar skal ansvaret gjøres gjeldene uavhengig av subjektiv skyld, mens ved uaktsomhetsansvar (culpa) kreves det at det har vært handlet uaktsomt dvs. at det foreligger en subjektiv skyld.¹⁴¹

¹³⁷ Hagstrøm (2010) s. 292

¹³⁸ Liisberg (2010)

¹³⁹ Hoel Lie (2012)

¹⁴⁰ Hoel Lie (2012) s. 411

¹⁴¹ Hoel Lie (2012) s. 411-412

Dersom det foreligger objektivt ansvar og myndighetshandlingen er rettstridig, så er denne rettstridige handlingen tilstrekkelig til å pålegge erstatningsansvar.¹⁴²

*"Spørsmålet om det foreligger et objektivt ansvar eller et uaktsomhetsansvar, er derfor i realiteten et spørsmål om det offentlige skal være ansvarsfri i tilfeller der det er handlet rettstridig, men hvor årsaken til at det er handlet rettstridig ligger i forhold som må betraktes som forsvarlige."*¹⁴³

Hoel Lie¹⁴⁴ tar utgangspunkt i situasjonen hvor det offentlige feiltolker rettsregler og mener at i slike situasjoner er det nødvendig med en avklaring om ansvaret er objektivt eller culpa. Han skriver at i situasjoner hvor feil skyldes myndighetsmisbruk eller feil i saksbehandlingen, så har det ikke betydning om det gjelder et objektivt ansvar eller ikke, da det vanligvis uansett vil regnes som uaktsomt dersom forvaltningen gjør feil av denne typen og dermed de strenge kravene til culpa-ansvaret vil være oppfylt.¹⁴⁵

I gjennomgangen av rettspraksis finner Hoel Lie¹⁴⁶ at det for det første går et skille mellom høyintense og lavintense inngrep, og da spesielt der hjemmelen for inngrepene er skjønnsmessig. For det andre sees det et skille mellom kommunalt og statlig ansvar hvor det statlige ansvaret er strengere. Flere dommer antyder at for inngrep av høyintens karakter gjelder det objektivt ansvar. Et eksempel på dette er Rt. 1987 s. 1495 (Reitgjerdet II-dommen) hvor høyesterett ila objektivt ansvar etter at en person var ufrivillig holdt på et psykiatrisk sykehus i

¹⁴² Hoel Lie (2012) s. 412

¹⁴³ Hoel Lie (2012) s. 412

¹⁴⁴ Hoel Lie (2012) s. 412

¹⁴⁵ Hoel Lie (2012) s. 412

¹⁴⁶ Hoel Lie (2012) s. 413 - 416

ni og et halvt år. Dette er et svært alvorlig inngrep, og vilkåret for innleggelsen er skjønnsmessig - ”alvorlig sinnslidende” og dermed vanskelig å tolke.¹⁴⁷

*”Reglene om arbeidsgiveransvar kan i en slik situasjon tenkes ikke å gi borgerne tilstrekkelig beskyttelse fordi det kan være lett å ta feil av reglenes rekkevidde, noe dommer Bugge votum illustrerer. Et objektiv ansvar kan da være nødvendig.”*¹⁴⁸

Hoel Lie¹⁴⁹ skriver at Reitgjerdet II-dommen er et eksempel på objektivt ansvar ved alvorlig inngrep i menneskers integritet. Videre viser han til at Rt. 2005 s. 416 (Advokatbevillingsdommen) er et eksempel på ileggelse av objektivt ansvar ved alvorlige inngrep i personlig integritet, hvor vilkårene for inngrepet er skjønnsmessige.

Hoel Lie¹⁵⁰ viser videre til Rt. 1972 s. 578 (Randabergdommen) og sier at denne dommen kan brukes som argument på at det ikke foreligger objektivt ansvar på plan- og bygningsrettens område, men at dommens overføringsverdi til andre rettsområder er begrenset på grunn av uttalelser i dommen om den gjelder saker av ”denne art”. Dermed er rettstilstanden uavklart på andre områder.¹⁵¹

Hoel Lie¹⁵² lar Randabergdommen og Rt. 1999 s. 1273 (Ottesendommen) være eksempler på at det muligens kan gjelde et mindre strengt ansvar for kommunene enn for staten. Men han sier at de ulike ansvarsgrunnlagene for kommune og stat i disse dommene kan også forklares med ulikheter i inngrepsintensitet da

¹⁴⁷ Hoel Lie (2012) s. 413

¹⁴⁸ Hoel Lie (2012) s. 413

¹⁴⁹ Hoel Lie (2012) s. 413-414

¹⁵⁰ Hoel Lie (2012) s. 415

¹⁵¹ Hoel Lie (2012) s. 415

¹⁵² Hoel Lie (2012) s. 415-416

både Randbergdommen og Ottesendommen behandler mindre alvorlige inngrep (kun økonomiske forhold) enn for eksempel Reitgjerdet II – dommen og Advokatbevillingsdommen. I tillegg har inngrepet i Reitgjerdet II – dommen og Advokatbevillingsdommen skjedd etter feiltolkning av skjønnsmessige regler.¹⁵³

Videre gjennomgår Hoel Lie¹⁵⁴ høyesterettsdom Rt. 2010 s. 291 (Vangendommen). I denne dommen slo Høyesterett fast at Trondheim kommune ikke er erstatningsansvarlig selv om de hadde utøvd sin offentlige myndighet uriktig. Denne dommen blir regnet som et argument for at det offentliges (både statens og kommunens) erstatningsansvar er avklart.¹⁵⁵

Hoel Lie¹⁵⁶ diskuterer om Vangen-dommen kun kan ha anvendelse for kommunal plan- og bygningsrett eller om den kan ha generell anvendelse på offentlig erstatningsansvar slik som hevdet av for eksempel Hagstrøm¹⁵⁷. Hoel Lie¹⁵⁸ mener at førstvoterendes gjennomgang av de reelle hensyn i dommen ikke er helt overbevisende. I dommen gis det blant annet ikke en overbevisende og utdypet begrunnelse for at viktige samfunnsinteresser vil bli skadelidende dersom det offentlige ilegges objektivt ansvar. Det gjelder for eksempel hensynet til at det ikke skal stimuleres til ulovlig myndighetsutøvelse.¹⁵⁹ Vangen-dommen utelukker ikke objektivt ansvar, men sier at det må i så fall foreligge ”særlige hensyn” og dommen sier ikke noe nærmere om på hvilke områder slike ”særlige hensyn” foreligger.¹⁶⁰

¹⁵³ Hoel Lie (2012) s. 416

¹⁵⁴ Hoel Lie (2012) s. 416-422

¹⁵⁵ Hoel Lie (2012) s. 416-417

¹⁵⁶ Hoel Lie (2012) s. 418-422

¹⁵⁷ Hagstrøm (2010)

¹⁵⁸ Hoel Lie (2012) s. 420

¹⁵⁹ Hoel Lie (2012) s. 420-421

¹⁶⁰ Hoel Lie (2012) s. 421

Det kan tenkes at ansvaret er strengere når det offentlige aktivt griper inn enn når de forholder seg passivt og unnlater for eksempel å svare på søknader slik for eksempel tilfellet var i Vangen-dommen.¹⁶¹

Det er også relevant å skille mellom statlig og kommunalt ansvar. Høyesterettspraksis tyder på at ansvaret er strengere for staten enn kommunen og det ser ut som det kun er kommunen som har fått være ansvarsfri på grunn av unnskyldelig rettsvillfarelse.¹⁶²

Både pulveriseringshensynet og det at staten produserer regler taler for strengere ansvar for staten. Ut i fra Vangen-dommens ordbruk kan det sies at ”særlige hensyn” til fordel for objektivt ansvar vil lettere kunne gjelde statens ansvar enn kommunens ansvar.¹⁶³

Videre er spørsmålet om det kan være aktuelt med objektivt ansvar ved brudd på Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK). I Vangen- dommen ble dette avist med den begrunnelsen at det er kun statene som er pliktsubjekter etter EMK og ansvaret etter dette kan dermed kun pålegges statene. Dette spørsmålet kan sies å være uavklart i norsk rett, men i Sverige kan både kommunene og staten bli pålagt erstatningsansvar ved brudd på EMK fordi at kommunen kan sees som en del av staten i en slik situasjon.¹⁶⁴

¹⁶¹ Hoel Lie (2012) s. 421

¹⁶² Hoel Lie (2012) s. 421

¹⁶³ Hoel Lie (2012) s. 421-422

¹⁶⁴ Hoel Lie (2012) s. 422-423

*"Det kan imidlertid diskuteres om det er rom for å la staten gå fri for et erstatningsansvar etter EMK nå det er konstatert at det foreligger ulovhjemlet myndighetsutøving."*¹⁶⁵

Vangen-dommen handler om inngrep i eiendom og da skal prinsippet om gjenopprettelse følges, jf. EMK artikkel 41. I dommen kommer det frem at det at vedtaket ble erkjent ugyldig var tilstrekkelig reparasjon av konvensjonskrenkelse, men Hoel Lie skriver at dette kan diskuteres og at det savnes en nærmere begrunnelse i dommen hvorfor ikke dette prinsippet om gjenopprettelse ble fulgt.¹⁶⁶

Således er det uavklart om *"staten kan være ansvarsfri som følge av unnskyldelig rettsvillfarelse i denne type situasjoner."*¹⁶⁷

Hoel Lie¹⁶⁸ mener at selv om Vangen-dommen viser noe annet, så foreligger det holdepunkter for at ved ulovhjemlet myndighetsutøvelse som fører til brudd på EMK foreligger det et objektivt ansvar. Ved feiltolkning av loven på plan- og bygningsområdet gjelder det vanligvis arbeidsgiver ansvar. I andre saker må det foretas en konkret vurdering, men også ved arbeidsgiveransvar i situasjoner ved uhjemlet offentlig myndighetsutøving vil ansvaret være strengt.¹⁶⁹

3. Det offentliges objektive ansvar generelt og i velferds- og utlendingsretten

¹⁶⁵ Hoel Lie (2012) s. 423

¹⁶⁶ Hoel Lie (2012) s. 423-424

¹⁶⁷ Hoel Lie (2012) s. 424

¹⁶⁸ Hoel Lie (2012) s. 424

¹⁶⁹ Hoel Lie (2012) s. 424

Sammenfattende kan det sies at det er enighet om at ved svært inngripende og vidtgående tiltak fra den offentliges side, gjelder det gjerne objektivt ansvar, ellers er culpa-ansvaret det gjeldende ansvarsgrunnlaget. Kombinasjonen av svært inngripende tiltak som bygger på skjønnsmessig vurdering taler sterkt for objektivt ansvar. Ansvaret synes å være strengere ved aktiv inngripen fra den offentliges side enn ved unnlattelse. Skillet mellom uaktsomhetsansvar og objektivt ansvar er aktuelt ved faktisk og rettslig villfarelse, men ikke ved myndighetsmisbruk eller feil i saksbehandlingen da det i så fall uansett anses å foreligge uaktsomhet i slike situasjoner. Det er kun unnskyldelig rettsvillfarelse som kan frita det offentlige for ansvar ved uaktsomhetsansvar. Rettslig villfarelse er utelukkende det offentliges ansvar, mens faktisk villfarelse også kan skyldes borgere (for eksempel feilopplysninger fra borgerens side). Det statlige ansvaret ved rettslig villfarelse synes å være strengere enn det kommunale ansvaret. Ved brudd på EMK er det mest sannsynlig relevant med objektivt ansvar hvor staten er ansvarssubjekt.

I det videre vil jeg først oppsummere tilfeller hvor det kan være aktuelt å diskutere ulovfestet objektivt ansvar for det offentlige. Når dette er gjort, vil jeg se på de særlige hensyn som kan tale for ulovfestet objektivt ansvar, og så vil jeg se på om det er grunnlag til å si at det er utviklet en egen forvaltningsrettslig objektivt ansvar. Til slutt vil jeg se på om de nevnte særlige hensyn kan aktualisere seg i velferds- og utlendingsretten og om det her kan være aktuelt med ulovfestet objektivt ansvar.

3.1 Når kan objektivt ansvar være aktuelt i forvaltningsrettslige forhold – en oppsummering

Som skrevet ovenfor, startet utviklingen av det ulovfestede objektive ansvaret i takt med utviklingen innen industri og teknologi og gjorde seg gjeldende på om-

råder hvor culpa-ansvaret ikke ga tilstrekkelig beskyttelse. I utgangspunktet var det snakk om privatrettslige forhold.

Hagstrøm¹⁷⁰ skriver at det offentliges erstatningsansvar bygger hovedsakelig på alminnelig erstatningsrett. Samtidig kan det sies at den alminnelige erstatningsretten har utviklet seg på rettspraksis som gjelder både privatrettslige og offentligrettslige forhold. Historisk har kanskje tyngden vært på privatrettslige forhold, men med utviklingen og veksten av forvaltningen foreligger det rettspraksis som også gjelder offentligrettslige forhold. Det vises da for eksempel til dommene som er tatt med i denne oppgaven.

Hoel Lie, slik skrevet ovenfor, har definert spørsmålet om objektivt ansvar eller culpa på følgende måte:

*"Spørsmålet om det foreligger et objektivt ansvar eller et uaktsomhetsansvar, er derfor i realiteten et spørsmål om det offentlige skal være ansvarsfri i tilfeller der det er handlet rettsstridig, men hvor årsaken til at det er handlet rettsstridig ligger i forhold som må betraktes som forsvarlige."*¹⁷¹

Hoel Lie¹⁷² skriver at det er i situasjonen hvor det offentlige feiltolker rettsregler at det er nødvendig med en avklaring om ansvaret er objektivt eller culpa. I andre type situasjoner, som nevnt ovenfor, slik som for eksempel ved myndighetsmisbruk eller saksbehandlingsfeil er det lite relevant å diskutere ansvarsgrunnlaget, da slike feil uansett anses å være culpøse.

Da kan det sies at situasjoner hvor det offentlige feiltolker rettsregler, kan gi grunnlag for objektivt ansvar og dette kan være aktuelt både ved ugyldige ved-

¹⁷⁰ Hagstrøm (1987) s. 13

¹⁷¹ Hoel Lie (2012) s. 412

¹⁷² Hoel Lie (2012) s. 412

tak og ved andre type feil begått av forvaltningen. Det vises til det som er skrevet ovenfor om dette.

3.2 Særlige hensyn ved ulovfestet objektivt ansvar for det offentlige

Vangen-dommen¹⁷³ sier at det finnes eksempler i rettspraksis at det offentlige er blitt pålagt objektivt ansvar, men at dette gjelder kun på områder hvor *særlige hensyn* gjør seg gjeldende.

Ovenfor er det referert til Hoel Lie som nevner en del slike hensyn slik som høyintense inngrep kombinert med (forvaltningens) skjønn som viser seg å være uhjemlet.

I Furunkulose-dommen¹⁷⁴ ble den offentlige forvaltningen ilagt et strengt culpa-ansvar og dette var begrunnet i uforsvarlighet samt hensyn til mulighet for alvorlige skadefølger på nasjonalt nivå. Uforsvarligheten gjaldt vilkår knyttet til importtillatelse. Det er blitt diskutert¹⁷⁵ om denne dommen kan være uttrykk for en mild culpa norm. Det kan jeg ikke være enig i. Enda forvaltningen hadde utøvd sitt frie skjønn, så idømte Høyesterett ansvar. Dette i en situasjon hvor staten hadde påtatt seg oppgave med å kontrollere importen av smolt. Kontrollen i denne saken var ikke forsvarlig nok og kunne få store konsekvenser. I denne dommen tar Høyesterett, i tillegg til å vurdere forsvarlighet av vilkår for tillatelsen, hensyn til de faktiske og ikke minst mulige konsekvenser av skade på nasjonalt nivå. Dette betyr at jo alvorlige konsekvensene kan bli, jo mer aktsomhet bør forvaltningen ha i det de gjør. Jeg synes at ansvaret i denne dommen nær-

¹⁷³ Rt. 2010 s. 291 (35)

¹⁷⁴ Rt. 1992 s. 453

¹⁷⁵ Liisberg (2005) s. 161-162

mer seg objektivt ansvar og dette på grunn av hensynet til alvorlig skade omfang.

Mer relevant er det å se på hensyn i dommer som har ilagt det offentlige objektivt ansvar, slik som Advokatbevillings-dommen¹⁷⁶ og Reitgjerdet II-dommen¹⁷⁷.

I Reitgjerdet II-dommen blir det offentlige idømt ulovfestet objektivt ansvar på grunn av uhjemlet myndighetsutøvelse, og det er tatt hensyn til inngrepets alvorlighetsgrad. Den skadelidte ble holdt på et psykiatrisk sykehus over flere år uten at vilkårene for en slik tvang var til stede, ifølge Høyesterett. For en slik innleggelse er det overlatt til legene å tolke loven og blant annet begrepet ”sind-syg”.

Her ser man den kombinasjonen som Hoel-Lie, ovenfor, viser til: Skjønnsmessig vurdering kombinert med et alvorlig inngrep, som fører til objektivt ansvar for det offentlige dersom skjønnnet viser å være uhjemlet eller misforstått.

I Advokatbevillingsdommen blir, på samme måte som i Reitgjerdet II-dommen, det offentlige idømt ulovfestet objektivt ansvar på grunn av uhjemlet myndighetsutøvelse ved å nekte å fornye advokatbevillingen når en formalitet blir ordnet. Advokaten fikk ikke utøvd sitt yrke i flere måneder da han ikke fikk tilbake advokatbevillingen, uten at det var hjemmel for å holde den tilbake. Dette ble også ansett for å være et alvorlig inngrep. I dommen er det tatt hensyn til at dette inngrepet hadde et pønalt preg.

Både i Reitgjerdet II-dommen og Advokatbevillingsdommen kan det sies at det offentlige ikke handlet ut fra sine egne interesser. Allikevel ble forvaltningen idømt ulovfestet objektivt ansvar, og hensynet bak dette ser ut til å være hvor

¹⁷⁶ Rt. 2005 s. 416

¹⁷⁷ Rt. 1987 s. 1495

alvorlig det offentlige grep inn i borgernes handlefrihet: Å utøve sitt yrke når formalitetene er ordnet og å leve utenfor sykehuset som de fleste andre. Man kan si at det er et tvangs- eller straffeelement i begge sakene. Det er tydelig at det å bli holdt på et psykiatrisk sykehus uten pasientens samtykke er tvang overfor pasienten. Når det utøves tvang, så skal det være spesielle grunner til for det. I Advokatbevillingsdommen mente forvaltningen at advokatbevillingen kunne nektes i en bestemt tid, og dette tolkes i dommen som pønalt, altså et element av straff. I disse to dommene kan det sies at det henholdsvis er utøvd tvang og en type straff uten hjemmel. Dette strider mot det grunnleggende legalitetsprinsippet.¹⁷⁸ Men i tillegg til at legalitetsprinsippet er brutt, så er også inngrepenes karakter alvorlig i disse to dommene. Både tvang og straff regnes som noen av de alvorligste inngrepene en borger kan bli utsatt for og da er det ekstra viktig at inngrepet er lovhjemlet. Slike inngrep som straff og tvang ved å holdes tilbake på et sted er borgeren også beskyttet mot i Grunnlovens § 96 og § 99. Det vises også til EMK artikkel 3 og 6. Man kan si at det er borgernes helt grunnleggende rettigheter som blir berørt i Reitgjerdet II-dommen og Advokatbevillingsdommen.

I Vangen-dommen¹⁷⁹ ble ikke erstatning tilkjent, og dommen¹⁸⁰ sier at det ikke foreligger objektivt ansvar for ulovhjemlet myndighetsutøvelse på plan- og bygningsrettens område. Man kan også si at den uhjemlede myndighetsutøvelsen i Vangen-dommen rettet seg mot et firma og ikke mot et enkelt individ og at interessene som var på spillet var økonomiske og av en annen art en for eksempel i Advokatbevillingsdommen.

¹⁷⁸ Knops oversikt over Norges rett. (2009) s. 56

¹⁷⁹ Rt. 2010 s. 291

¹⁸⁰ Rt. 2010 s. 291 (35)

3.3 Kan det sies å foreligge egen forvaltningsrettslig objektivt ansvar for det offentlige?

Det kan sies at hensyn som gjelder det offentligrettslig erstatning kan være annerledes enn i privatrettslig sammenheng. Dette i tilfeller hvor det offentlige har oppgaver som det private gjerne ikke har, slik som for eksempel innleggelse med tvang på psykiatriske sykehus eller rusinstitusjoner, tvang også i andre sammenhenger slik som barnevern, utvisning av utlendinger, samt makt til å gi ulike type godkjenninger og tillatelser slik som for eksempel advokatbevilling, turnusgodkjenning eller importtillatelser med flere.

Ved de typer offentlige oppgaver som kan gi et sterkt inngrep i det enkeltes liv, kan det tyde at det foreligger et eget forvaltningsrettslig objektivt ansvar. Det vises da til de ovenfor presenterte dommer slik som Advokatbevillingsdommen, Reitgjerdet II-dommen samt Lege-praksisgodkjenningsdommen¹⁸¹.

Dersom en privatperson eller et firma hadde holdt en person innesperret et sted over en periode så hadde de blitt straffeansvarlige. Når det offentlige gjør det på grunn av sine oppgaver, så blir de objektivt ansvarlige på ulovfestet grunnlag dersom inngrepet viser seg å være uhjemlet ved at for eksempel det faglige eller forvaltningsrettslige skjønn er feil utøvd, jf. Reitgjerdet II-dommen.

Således kan det sies at den ulovfestede læren om objektivt ansvar er til en viss grad blitt overført til forvaltningsrettslige forhold. Dette på grunn av uttalelsen i Vangen- dommen¹⁸² om at det offentlige har et ulovfestet objektivt ansvar ulovhjemlet myndighetsutøvelse på områder hvor *særlige hensyn* gjør seg gjeldende. Samt på bakgrunn av resultatet i Advokatbevillingsdommen, Reitgjerdet II-dommen samt Lege-praksisgodkjenningsdommen.

¹⁸¹ LB 2000 s. 1785

¹⁸² Rt. 2010 s. 412 (35)

3.4 Hvordan er det med ulovfestet objektivt ansvar på velferds- og utlendingsrettens område?

Til slutt vil jeg se på om de nevnte særlige hensyn kan aktualisere seg i velferds- og utlendingsretten og om det også her kan være aktuelt med ulovfestet objektivt ansvar.

Oppsummerende kan det sies at det gjelder et ulovfestet objektivt ansvar for det offentlige i tilfeller hvor *særlige hensyn* gjør seg gjeldene. Disse hensyn er inngrepets alvorlighetsgrad kombinert med ulovhjemlet myndighetsutøvelse som gjerne er basert på skjønn.

På utlendings- og velferdsrettens område er det en del inngrep som er inngripende, siden utlendings- og velferdsforvaltningen i en del saker utøver myndighet som har karakter av tvang eller straff. I det følgende vil jeg nevne noen av de tilfellene som kan ha pønalt preg eller tvang og således innebære et alvorlig inngrep for borgeren.

Dette gjelder, som nevnt tidligere, for eksempel utvisningsvedtak etter utlendingslovens § 122. Et utvisningsvedtak berører den enkelte, men også utlendingens familie og ikke minst barn. Et effektivt utvisningsvedtak kan føre til at utlendingen i praksis ikke får samvær med sine barn. Dette vil være et alvorlig inngrep i både utlendingens liv, men også i barnas liv. Dersom utlendingen har daglig omsorg for sine barn, så kan et utvisningsvedtak bidra til at utlendingen mister denne daglige omsorgen og kanskje også foreldreansvaret. Dette i en situasjon, hvor den andre forelder går til sivilt søksmål slik at barna ikke forlater landet sammen med utlendingen. Dersom det viser seg senere at et utvisningsvedtak er ugyldig, må man kunne si at utlendingsforvaltningen er erstat-

ningsansvarlig på objektivt grunnlag. Dette fordi at utvisning fra landet er et alvorlig inngrep spesielt i situasjoner hvor utledningen har barn i landet. Mens gyldigheten av et utvisningsvedtak avklares, kan det ta mange år. Saken behandles først i UDI, så UNE og så i tre rettsinstanser i Norge og så kan den gå videre til Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen. I hele denne perioden vil utlendingen enten oppholde seg i Norge uten rett til arbeid eller krav på trygd, eller utlendingen vil være utenfor landet. Man kan si at et utvisningsvedtak utvilsomt har et tvangsmessig preg, utvisningen er delvis skjønnsbasert og derfor bør det ved ugyldighet kunne utløses ulovfestet objektivt ansvar slik for eksempel i Reitgjerdet II-dommen og Advokatbevillingsdommen.

Når det gjelder ulovhjemlet tvang i psykiatrien, på rusinstitusjon eller andre steder, så kan utvilsomt Reitgjerdet II-dommen brukes som eksempel på at ansvarsgrunnlaget i slike tilfeller er ulovfestet objektivt ansvar.

Etter lov om sosiale tjenester i NAV¹⁸³ § 20, kan det settes vilkår for tildeling av sosialhjelp. Som nevnt ovenfor er klageinstansen kompetanse, jf. lovens § 48, begrenset til kun å omgjøre vedtak som er *åpenbart urimelige*. Spørsmålet her blir om det kan ligge et element av tvang og/eller straff i vilkårene som sosialtjenesten setter og som ikke vil bli omgjort av klageinstansen dersom de er urimelige. Vilrårene vil kun bli omgjort dersom de er *åpenbart urimelige*. Videre er spørsmålet om erstatningen kan gjøres gjeldene på objektivt grunnlag dersom det er blitt satt *åpenbart urimelige* vilkår.

Det synes som *åpenbart urimelige* vilkår for å motta sosialhjelp kan sammenlignes med alvorlige inngrep i individets handlefrihet. Man må nok alltid vurdere hver situasjon særskilt. Det kan for eksempel stilles spørsmål om sosialklienten kan pålegges å gå på jobbsøkerkurs dersom han er uten jobb, men nekter å

183

Lov 2009 nr. 131

gå på et slikt kurs. Etter § 4 i samme lov¹⁸⁴ skal tjenesten være forsvarlig og etter § 42¹⁸⁵ skal hjelpen gis etter samarbeid med bruker. Dersom det ikke har vært samarbeid med bruker og inngripende vilkår er kun satt og krevd oppfylt av bruker, så vil dette tale for ulovfestet objektivt ansvar. Det kan for eksempel trekkes paralleller til Advokatbevillingsdommen. Det var en inngripende handling å nekte advokaten å utøve sitt yrke. Det kan godt tenkes at det er inngripende å kreve at en sosialklient går på jobbkurs, dersom han heller ønsker å gå på snekkerkurs, for eksempel. Spørsmålet blir hvor mye medbestemmelse og selvrådighet skal en sosialklient ha og hvor grensene for forvaltningens myndighetsutøvelse går.

Også barnevernstjenesten er satt til å utøve myndighet som kan innebære tvang eller elementer av tvang, jf § 4-3, § 4-4, § 4-6, § 4-12 m. fl. i barnevernsloven¹⁸⁶. Også barnevernets handlinger, for eksempel det de råder foreldrene til, kan innebære et element av tvang fordi foreldrene blir redde for å miste omsorgen for sine barn og føler at de må adlyde barnevernet. Et eksempel som kan være nyttig i erstatningsrettslig sammenheng, er situasjonen hvor barnevernet sier at barna nå en tid må bo hos for eksempel bestemor, eller den andre forelderen. Det lages ikke noe vedtak eller gjøres noen undersøkelse, men den som har den daglige omsorgen samt den som muntlig blir pålagt å ha barna hos seg, føler å måtte adlyde dette. Spørsmålet er om barnevernet da kan være erstatningsrettslig ansvarlig på ulovfestet objektivt grunnlag. Det synes som det kan være tilfelle dersom man kan bevise et tvangselement samt ulovhjemlet myndighetshandling.

¹⁸⁴ Lov om sosiale tjenester i NAV, 2009 nr. 131

¹⁸⁵ Lov om sosiale tjenester i NAV, 2009 nr. 131

¹⁸⁶ Lov om barneverntjenester 1992 nr. 100

Det var nevnt ovenfor at for at alminnelig ulovfestet objektivt ansvar skal bli aktuelt, må visse kumulative vilkår være innfridd: Risikoen må være stadig, typisk og ekstraordinær, skaden må skyldes en risiko fra en virksomhet, ting eller lignende og den påståtte ansvarlige må ha tilknytning til dette.

Det kan sies at i velferds- og utlendingsforvaltningen foreligger det et stadig, typisk og ekstraordinær risiko. Dette fordi at det utøves mye skjønn på inngripende områder i borgernes liv. Grensen for lovhjemlet og ulovhjemlet skjønn kan fort bli overtrådt.

4. Konklusjon

På grunnlag av foreliggende rettspraksis kan man si at det foreligger en særskilt forvaltningsrettslig objektivt ansvar i tilfeller hvor inngrepet er alvorlig, dvs. har et pønalt preg eller et tvangselement i seg og hvor inngrepet samtidig er ulovhjemlet.

Jeg har kommet frem til at i tilfeller hvor ulovhjemlet myndighetshandling er kombinert med alvorlig inngrep i det enkeltes sfære, hvor det er et pønalt preg eller tvangs element til stede, så er ulovfestet objektivt ansvar aktuelt også i velferds- og utlendingsforvaltningen.

I situasjoner hvor det ikke foreligger tvang eller pønalt preg, så må man nøye seg med culpa-ansvaret etter skl. § 2-1. Da vil vurderingstemaet være forsvarlighet og mulighet for å handle annerledes.

Ved ugyldige vedtak, som behandlet ovenfor, skal grunnen til ugyldighet nyanseres når erstatningen vurderes.

Når det gjelder andre type feil enn ugyldige vedtak, så vil det bero på feilens art om den kan utløse objektivt ansvar eller culpa. Men en feil vil som regel i seg selv innebærer skyld – culpa. For eksempel ved det man kan kalle ”skrankefeil” der søknaden urettmessig blir avvist i skranken – foreligger det en skyld hos forvaltningen som regel i form av feilaktig eller manglende kunnskap om saksbehandlingsreglene. Dersom avvisningen innebærer svært alvorlige/inngripende konsekvenser for den det gjelder, så kan det tenkes at objektivt ansvar er aktuell.

5. Vurdering av hensiktsmessigheten av den eksisterende rettstilstanden på velferds- og utlendingsrettens område

Når det gjelder ulovfestet objektivt ansvar, så er det usikkert om rettstilstanden er annerledes på velferds- og utlendingsrettens område enn i forvaltningen ellers. Det foreligger ikke rettspraksis som kan si noe eksplisitt om ansvarsgrunnlaget på de velferds- og utlendingsrettens områder som jeg er interessert i.

Men som skrevet ovenfor, kan eksisterende rettspraksis overføres også til ulike områder i velferds- og utlendingsretten. Det er ingenting som tilsier at alvorlige inngrep som har pønalt preg eller tvang i seg kan ulovhjemlet foretas av utlendingsforvaltningen, barnevern eller sosialkontor. Problemet her kan være at mange av klientene har små midler og kanskje også lite kunnskap og vil dermed ikke gå til domstolene for å få erstatning. Derfor burde man hatt en ordning med erstatning i de gjeldende lover, eller at borgerne burde hatt større tilgang på fri rettshjelp.

Som skrevet ovenfor, mener Hagstrøm at det er prinsippet om forsvarlig saksbehandling som skal beskytte borgerne i de fleste tilfeller i kontakten med det offentlige.

Problemet blir når det offentlige ikke følger prinsippet om forsvarlig saksbehandling og borgeren ikke har kunnskap om prinsippet og er dermed ikke i stand til å fremme sin sak slik at borgerens fremstilling av faktum kommer ordentlig fram. Derfor kan det være nødvendig med mer fri rettshjelp samt mer juridisk og etisk bevissthet i forvaltningen.

6. Avslutning

I oppgaven har jeg forsøkt å kartlegge det offentliges erstatningsansvar med fokus på velferds- og utlendingsforvaltningen. Interessen har vært å se på ansvarsgrunnlaget og da spesielt for mulighet av ulovfestet objektivt ansvar i velferds- og utlendingsforvaltningen.

7. Kilder

7.1 Bøker

Andenæs, Mads Henry. *Rettskildelære*. 2. utgave. Oslo. 2009

Boe, Erik. *Innføring i juss*. 1. utgave. Oslo. 1993

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utgave. Oslo. 2001

Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind. *Forvaltningsrett*. 9. utgave. Oslo. 2010

Engstrøm, Bjørn. *Skadeerstatningsloven med kommentarer*. 1. utgave. Oslo. 2010

Frihagen, Arvid. *Villfarelse og ugyldighet i forvaltningsretten*. Oslo. 1966

Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*. 2007

Hagstrøm, Viggo. *Offentligrettslig erstatningsansvar*. Studier i spesiell og alminnelig erstatningsrett. 1. utgave. Oslo 1987

Hagstrøm, Viggo. *Exit objektivt ansvar for ugyldige forvaltningsvedtak*. Lov og Rett. 2010 s. 285 -291

Hoel Lie, Markus. *Objektivt erstatningsansvar for uriktig offentlig myndighetsutøving? – Fagfellevurdert*. Lov og Rett. Nr. 7. 2012 s. 408 - 425

Liisberg, Bent. *”Exit objektivt ansvar for ugyldige forvaltningsvedtak” – eller utenomsynspunkt uten rettskildevekt?* I Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velfersrett. 2010 s. 282-318

Lindboe, Knut. *Barnevernrett*. 5.utgave. Oslo. 2008

Lødrup, Peter. *Lærebok i erstatningsrett*. 6. utgave. Oslo. 2011

Lødrup, Peter. *Oversikt over erstatningsretten*. 6. utgave. Oslo. 2008

Knophs oversikt over Norges Rett. Redigert av Lilleholt, Kåre. 13. utgave. Oslo. 2009

Nygaard, Nils. *Skade og ansvar*. 5. utgave. Oslo. 2001

7.2 Dommer

Rt. 1951s. 19 Mortvedtdommen

Rt. 1960 s. 1374 Drosjeeier-dommen

Rt. 1987 s. 1495 Reitgjerdet-dommen II

Rt. 1992 s. 453 Furunkulose-dommen

LB. 2000 s. 1785 Godkjenning av legepraksis – dommen

Rt. 2005 s. 426 Advokatbevillings-dommen

Rt. 2010 s. 291 Vangen-dommen

7.3 Lover

Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) 10. feb. 1967

Lov om skadeerstatning (skadeerstatningsloven) 1969 nr. 26

Lov om barneverntjenester (barnevernloven) 1992 nr. 100

Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)
2008 nr. 35

Lov om kommunale krisesentertilbud (krisesenterlova) 2009 nr. 44

Lov om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen (lov om sosiale tjenester i NAV) 2009 nr. 131

7.4 Internettsider

<http://www.document.no/2013/04/40-av-100-far-utvisningsvedtak-omgjort-i-retten/>

http://www.ombudet.oslo.kommune.no/sosialkontoret_ekonomisk_sosialhjelp/

